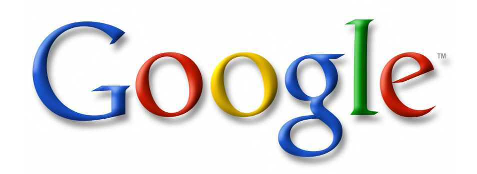


Tezner

Über Verwaltungsrechtspflege mit Hinblick auf das neue sächsische Verwaltungsgerichtsgesetz

Über Verwaltungsrechtspflege

mit Hinblick auf das neue sächsische Verwaltungsgerichtsgesetz.

Vortrag

gehalten in der Gehe-Stiftung zu Dresden

am 19. Januar 1901

von

Dr. Friedrich Tezner

a. o. Professor an der Wiener Universität.

(In erweiterter Form herausgegeben.)

Dresden

v. Zahn & Jaensch

1901.

Diese Abhandlung bildet zugleich das **erste Heft des siebenten Bandes des „Jahrbuchs der Gehe-Stiftung". Sammlung staatswissenschaftlicher Vorträge im Auftrage der Gehe-Stiftung zu Dresden gehalten.** Vergl. auch die Rückseite des Umschlags.

May 25/22

Hochansehnliche Versammlung!

Die verehrliche Leitung der Gehe-Stiftung hat mich berufen, gewissermaßen den juristischen Prolog zu sprechen anläßlich des Beginnes der Wirksamkeit des neuen, für die Rechtsentwicklung in Sachsen epochalen Gesetzes dieses Staates über die Verwaltungsrechtspflege[1]). Das verpflichtet mich zu doppeltem Danke: einmal für die persönliche Auszeichnung, welche mir durch diese Berufung widerfahren ist, dann für die in derselben gelegene Anerkennung der österreichischen Rechtswissenschaft als eines Zweiges der deutschen. Je höher nun die Anforderungen sind, die aus diesem doppelten Grunde an mich gestellt werden dürften, desto stärker sind meine Zweifel, ob ich denselben zu entsprechen imstande sein werde, zumal ich mich der mir übertragenen Aufgabe entledigen soll in einem deutschen Staate, welcher in Gerber den Begründer der modernen deutschen

[1]) Das sächsische Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege vom 19. Juli 1900 G. S. S. 486 ff. setzt im § 103 den Beginn seiner Wirksamkeit mit dem 1. Januar 1901 fest. Im Zusammenhange mit demselben stehen die Gesetze vom 20. und 21. Juli 1900, durch welche die Zuständigkeit des durch ersteres Gesetz geschaffenen Oberverwaltungsgerichts auch auf Sachen der Einkommenbesteuerung und der Besteuerung von Wanderlagern erstreckt wird. Mir bekannt gewordene Besprechungen des Gesetzes sind jene von Klöffel im 8. Bd. (S. 611 ff.) und von Schultzenstein im 9. Bd. (S. 307 ff.) des Verwaltungsarchivs, dann von Schelcher im 22. Bd. von Fischers Zeitschrift für Praxis und Gesetzgebung der Verwaltung. Eine Ausgabe des Gesetzes, welche die meisten darin bezogenen Stellen anderer Gesetze wiedergiebt, rührt von Apelt her.

Staatsrechtswissenschaft hervorgebracht hat, und der auch jetzt noch in hervorragender Weise an der Pflege dieser Wissenschaft beteiligt ist.

Das Verwaltungsrecht jedes hochentwickelten Staates weist nämlich einen solchen Überreichtum von lebensvollen, aus der positiven Gesetzgebung allein nicht erkennbaren Rechtsbildungen auf, daß es bei der größten geistigen Fassungskraft höchst schwierig ist, desselben so vollständig Herr zu werden wie etwa seines Privat-, Straf- oder Prozeßrechts. Am allerwenigsten kann dieses Ziel allein durch die Hilfe von Büchern erreicht werden, mögen sie selbst zu den glänzendsten litterarischen Erscheinungen gehören und eine noch so große Fülle wirklich oder vermeintlich allgemeiner Gesichtspunkte für diesen Zweck bieten. Ist aus diesem Grunde eine volle und verläßliche Kenntnis des öffentlichen Rechtes eines Staates kaum von demjenigen Rechtsforscher zu erwarten, der in demselben lebt, dasselbe als etwas Lebendiges vor sich entfalten sieht und als etwas Lebendiges zu erkennen versucht, so müssen die Ansprüche, welche an einen außerhalb des Staates stehenden Juristen, der sich Belehrung nur aus toten Büchern holen kann, noch auf ein viel niedrigeres Maß herabgeschraubt werden. Nun ist aber ein annähernd sicheres Urteil über Gelingen oder Mißlingen einer das Verwaltungsrecht erfassenden Prozeßreform, wie sie das neue Gesetz beabsichtigt, ohne die gründlichste, menschlich überhaupt erlangbare Kenntnis des materiellen Verwaltungsrechts des reformierenden Staates nicht möglich. Ich muß deshalb meinen Erörterungen den Vorbehalt vorausschicken, der sich für mich als einen außerhalb Sachsens weilenden Juristen aus den angegebenen Gründen ergiebt, andererseits diese Erörterungen auf jene Grundsätze des neuen sächsischen Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege, vom 19. Juli 1900, beschränken, welche

von so allgemeiner Natur sind, daß jedes Gesetz dieser Art zu denselben Stellung nehmen muß.

Unter solchen Umständen muß ich mir versagen, auf die Entstehung des neuen Gesetzes einzugehen. Aber eine Thatsache von sehr allgemeinem Interesse möchte ich denn doch nicht unterdrücken, daß nämlich Sachsen unter allen deutschen Ländern zuletzt mittels des neuen Gesetzes zu einer Reform geschritten ist, die allgemein als eine kulturelle Errungenschaft ersten Ranges betrachtet wird, daß diese Reform sich ohne Sang und Klang und ohne merkliche Teilnahme der Bevölkerung vollzog[1]) und daß sie endlich von der Regierung, der sie eine bedeutende und dauernde Beschränkung auferlegt, gegen den Widerstand eines Teiles der Volksvertretung verfochten werden mußte[2]). Ich kann bei völliger Unkenntnis der Verhältnisse nicht entscheiden, ob in der Gleichgültigkeit der Bevölkerung ein glänzendes Zeugnis für die Objektivität der sächsischen Verwaltung und für die Überflüssigkeit einer dieselbe erfassenden Reform zu erblicken sei[3])? Unzweifelhaft liegt aber ein sehr günstiges Vorzeichen für die Zukunft der Verwaltungsgerichtsbarkeit sowohl

---

[1]) Vgl. hierüber den in der Nr. 63 des Jahrgangs 1898 der Leipziger Zeitung auf S. 1044 abgedruckten Artikel: Ein Wort zur Neuordnung der Verwaltungsrechtspflege.

[2]) Dieser Widerstand äußert sich in bedeutsamer Form in dem Berichte der ersten Deputation der ersten sächsischen Kammer zum ersten abgelehnten Entwurf eines Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege, Nr. 115 des 1. Bd. der Berichte der ersten Kammer, dann in der Debatte dieser Kammer über diesen Entwurf vom 21. März 1898, abgedruckt in der Landtagsbeilage zur Leipziger Zeitung Nr. 51 des Jahres 1898. Die Regierungsvorlage findet eine maßvolle und eindrucksvolle Vertretung in den beiden Reden des Oberbürgermeisters Geh. Finanzrates Beutler (vgl. Dresdner Anzeiger Nr. 81 des Jahrgang 1898 S. 3, 4) und des Staatsministers v. Metzsch.

[3]) Vgl. die Bemerkung des Kammerherrn von Planitz in der erwähnten Debatte, das Gesetz entspreche keinem wirklichen Bedürfnisse, und die des Staatsministers a. D. v. Nostitz-Wallwitz, die Mehrheit der Deputation erwarte, daß ihr das Prädikat einer allergetreuesten Opposition nicht entzogen würde, weil sie gemeint

innerhalb wie außerhalb Sachsens in der Thatsache, daß hier auf Grund ermutigender Erfahrungen in anderen Ländern[1]) die Verwaltung selbst ein lebhaftes Bedürfnis nach der neuen, ihr Schranken setzenden Einrichtung äußert, zweifellos bestimmt durch die doppelte Erwägung, daß sie bei dem fortwährenden Anschwellen des Verwaltnngsrechts der Unterstützung durch eine auf unbefangene Rechtsforschung eingerichteten Behörde nicht zu entraten vermag[2]), und daß ihr durch die neue Einrichtung eine größere Widerstandskraft gegenüber den jeweils herrschen-schenden politischen Strömungen gesichert werde[3]).

Diese Loyalität, welche die sächsische Regierung mit der Vorlage und in der Vertretung des neuen Gesetzes bekundet hat, durchzieht nun das ganze Gesetz selbst, welches namentlich durch ausdrückliche Festsetzung der absoluten Verbindlichkeit der rechtskräftigen verwaltungsgerichtlichen Urteile für den Staat im Interesse der individuellen Rechtssicherheit ein so großes Wagnis unternommen hat wie kein ähnliches bekanntes Gesetz zuvor[4]). Die Regierung hat damit ihren hohen Respekt vor einer mit allen erreichbaren Bürgschaften der Sachlichkeit um-

---

habe, daß man in Sachsen ungefährdet unter dem Schutze der bestehenden Gesetze leben könne, auch ohne daß es neuer, künstlicher, kostbarer Schutzdämme gegen Willkür bedürfe.

[1]) Vgl. die Bemerkung des Staatsministers v. Metzsch a. a. O. S. 3, 3. Spalte v. oben, dann die Regierungsmotive zum 2. Entwurf S. 37.

[2]) Die erwähnten Motive S. 36 Abs. 2, 3.

[3]) A. a. O. Ganz richtig hat der oben S. 5 A. 3 angeführte Bericht S. 4f. herausgefunden, daß, soweit die Zuständigkeit der neuen Verwaltungsgerichte reicht, der Einfluß der jeweiligen Mehrheit der Ständeversammlung auf die Erledigung von Beschwerden gegen Akte der Verwaltung vernichtet sei. Das ist aber ein ganz besonderer Vorzug der neuen Einrichtung.

[4]) Eine Bestimmung von solcher Entschiedenheit in der darin geregelten Frage und von einer solchen Unerschrockenheit, wie es § 61 des Gesetzes ist, enthält keines der mir bekannt gewordenen Gesetze zur Reform der Verwaltungsrechtspflege.

gebenen Kritik ihres künftigen Vorgehens zu erkennen gegeben. Daraus schöpfe ich die Hoffnung, daß auch meine, nur objektive Ziele verfolgende Kritik des Gesetzes[1]), zu welcher ich nunmehr schreite, den Urhebern desselben die Freude an ihrem großen Werke nicht vergällen werde, zumal es sich bei den Bestimmungen, die mir verfehlt erscheinen, bis auf eine einzige, um Fehler handelt, zu deren Verbesserung durch die Praxis das Gesetz selbst ausreichende Handhaben bietet.

I.

Es giebt einen doppelten Begriff der Verwaltungsrechtspflege, einen theoretischen und einen positiv-rechtlichen. Die Theorie bezeichnet als Verwaltungsrechtspflege die staatliche Thätigkeit, sofern sie darauf gerichtet ist, den Inhalt von obrigkeitlichen Akten, welche über individuell bestimmte Personen oder Sachen ergehen sollen, den Forderungen des objektiven Rechtes und der Gerechtigkeit gemäß zu gestalten. So erfaßt, ist die Verwaltungsrechtspflege selbst dem absolutistischen Polizeistaat nicht unbekannt, wie dies eine ganze Reihe aus dieser Epoche stammender, auf die Sicherung der Parteienrechte bedachter, verwaltungsrechtlicher Prozeßgesetze beweist[2]). Wenn

[1]) Eine vor dem neuen sächsischen Gesetze entstandene, somit antizipative Kritik desselben bietet meine Abhandlung, Die deutschen Theorien der Verwaltungsrechtspflege im 8. und 9. Bd. des Verwaltungsarchivs, auf welche ich als Ergänzung meiner hier veröffentlichten Ausführungen verweisen möchte.

[2]) Richtig hervorgehoben in den Motiven S. 66, zu § 76 Abs. 2. Ein bemerkenswertes Beispiel eines derartigen allgemeinen Prozeßgesetzes bietet das sächsische sogenannte D-Gesetz vom 30. Juni 1835 über das Verfahren in Administrativjustizsachen. Aber alle absolutistischen deutschen Staaten haben Regelungen des Verfahrens in Bergwerks-, Wasserrechtssachen, für Gemeinheitsteilungen und Ablösungen besessen, welche im Interesse der Parteien viel eingehendere Bestimmungen aufstellen als die modernen Gesetze zur Regelung des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens. Mit Recht betitelt sich deshalb der S. 5 A. 1 erwähnte Artikel als einen solchen zur Neuordnung der Verwaltungsrechtspflege.

demungeachtet eine im dritten Jahrzehnte des verflossenen Jahrhunderts beginnende und heute noch nicht abgeschlossene Bewegung in Deutschland entstanden ist, welche auf die Herbeiführung einer wahren Verwaltungsrechtspflege gerichtet ist, so erklärt sich dies daraus, daß einerseits das Gebiet des älteren Verwaltungsprozeßrechts als zu enge begrenzt erschien, daß andererseits die Bürgschaften für seine Erfüllung als unzulänglich erachtet wurden. Gegenwärtig fordert man ziemlich allgemein für eine wahrhafte Verwaltungsrechtspflege ein in gerichtlichen Formen sich bewegendes, auf dem Grundsatze der Öffentlichkeit, Unmittelbarkeit und auf einem technisch hochentwickelten Parteiengehör beruhendes Verfahren, welches von einer mit richterlicher Unabhängigkeit[1]) ausgestatteten Behörde durchzuführen ist. Dagegen ist die Forderung, daß der Staat an das Ergebnis der wahren Verwaltungsrechtspflege schlechthin gebunden sein müsse, noch lebhaft bestritten.

Während nun die für uns in Betracht kommenden Civil- und Strafprozeßgesetze in dem einen Punkte übereinkommen, daß sie auf jeden privatrechtlichen Anspruch oder auf jeden einer strafbaren Handlung Beschuldigten zur Anwendung zu kommen haben, gestatten die neueren, der Verwirklichung der Idee der V. R. Pf. dienenden Gesetze keinesfalls die Erstreckung ihrer Wirksamkeit auf alle obrigkeitlichen Akte, welche derselben fähig sind. Vielmehr führt die Berücksichtigung des Einflusses der Reform auf den Gang der Verwaltung, die Vergleichung der Bedeutung des schutzbedürftigen Privatinteresse mit der Mühe und den Kosten des neuen Verfahrens, endlich die Er-

[1]) In der praktischen Ausführung begnügt man sich mit einer Unabhängigkeit, welche sich der richterlichen nähert. v. Metzsch fordert in der S. 5 A. 2 angeführten Debatte Ausschließung der zur Rechtspflege berufenen Behörde von jeder Art verwaltender Thätigkeit. Diese Forderung findet sich überall nur in den Zentral-Verwaltungsgerichtshöfen erfüllt.

wägung, daß auch bei dem bisherigen Rechtszustande die Partei der Obrigkeit gegenüber nicht schutz- und rechtlos gegenüber steht, zu einer Selbstbeschränkung der Gesetzgebung gegenüber dem idealen Ziele der Reform[1]). Einmal werden die obrigkeitlichen Akte genau bezeichnet, auf welche der Verwaltungsrechtspflegeprozeß angewendet werden soll, dann aber läßt man selbst dort, wo der Gegenstand dieses Prozesses durch einen allgemeinen Grundsatz bestimmt wird, das neue Verfahren nicht immer schon dann eintreten, wenn ein die Verwaltungsrechtspflege herausfordernder obrigkeitlicher Akt vorgenommen werden soll, sondern meist erst dann, wenn ein solcher Akt in den Formen des bisherigen gesetzlichen Verfahrens bereits ergangen ist[2]). Diese Gestaltung der neuen verwaltungsrechtlichen Prozeßgesetzgebung nach Zweckmäßigkeitsgründen führt nun zu dem auf positiv-rechtlicher Grundlage ruhenden Begriffe der Verwaltungsrechtspflege, demzufolge innerhalb jedes Reformstaates jener Prozeß als Verwaltungsrechtspflegeprozeß zu gelten hat, den das Gesetz als solchen bezeichnet, wogegen jedem anderen verwaltungsrechtlichen Prozeß, er mag mit noch so vielen Rechtspflegeelementen versetzt sein, gesetzlich nur die Bedeutung eines Verwaltungs- oder eines administrativen Verfahrens zukommt[3]).

Das sächsische Gesetz hat nun die hier angedeuteten Möglichkeiten der Gestaltung des Verwaltungsrechtspflegeprozesses

[1]) Eine Ausdehnung über das von der Theorie ausgesteckte Ziel findet statt, wenn allgemeine Verordnungen durch Gesetz dem Verwaltungsrechtspflegeprozeß unterworfen werden. Daß dies vorkommt, darüber vgl. Motive S. 32 zu B Abs. 2 unten, und Tezner im Verwaltungsarchiv 9. Bd. S. 212 A. 115.

[2]) Selbst in diesem Falle scheiden sich die Gesetzgebungen, je nachdem sie den schon von der 1. Instanz ausgegangenen Akt dem neuen Verfahren unterwerfen oder dasselbe erst dann zulassen, wenn ein Akt im Instanzenzuge der Verwaltungsbehörden ausgetragen ist.

[3]) Auf dasselbe bezieht sich § 76 Z. 2 und § 82 Abs. 2 des Ges.

in folgender eigentümlichen Weise kombiniert: Es faßt alle dem neuen Verfahren unterworfenen Verwaltungssachen unter dem Namen Verwaltungsstreitsachen zusammen. Innerhalb derselben scheidet es einen engen, durch einen Katalog abgegrenzten Kreis von Verwaltungsangelegenheiten, welche als sogenannte Parteistreitigkeiten des öffentlichen Rechts auf vorangegangene Klage einer Partei gegen eine andere (durch die Kreishauptmannschaften als Verwaltungsgerichte erster Instanz, durch das Verwaltungsgericht als Berufungsinstanz)[1]) von vornherein[2]) in dem neugeordneten Verfahren abzuthun sind. Diesen Parteistreitigkeiten steht der ungleich größere Kreis jener Fälle gegenüber, in welchen das Verwaltungsrechtspflegeverfahren als Nachprüfung eines im Verwaltungswege ausgetragenen obrigkeitlichen Aktes durch das Oberverwaltungsgericht als erste und letzte Prüfungsinstanz auf vorangegangene Anfechtungsklage einer Partei ohne einen bestimmten Geklagten vor sich zu gehen hat[3]). Die Fälle der Anfechtungsklage werden wieder näher bestimmt teils wie die Parteistreitigkeiten durch Katalogisierung[4]), teils durch den allgemeinen, von einzelnen Ausnahmen durchbrochenen Grundsatz, daß die Anfechtungsklage gegen alle von dem Ministerium des Innern, den Kreis- und den Amtshauptmannschaften in zweiter Instanz mit oder ohne die Kreis- und Bezirksausschüsse getroffenen Entscheidungen eröffnet sein soll[5]).

Da taucht nun für jeden Kenner des hier erörterten Rechtsgebietes die Frage auf: Will das sächsische Gesetz, daß im Kreise der dem vervollkommneten Parteienschutz zugewiesenen

[1]) §§ 21 Abs. 1, 62 Abs. 1.
[2]) Motive S. 25 f. zu §§ 1, 2, S. 33 Abs. 1.
[3]) §§ 73 ff. Motive S. 66 Abs. 4.
[4]) §§ 73 Z. 2–8, 74.
[5]) §§ 73 Z. 1, 75.

Angelegenheiten derselbe nur subjektiven Individualrechten oder daß er auch bloßen Individualinteressen gewährt werden solle? Es ist dies eine Frage, zu welcher man bei der Lösung des Problems der Verwaltungsrechtspflege Stellung nehmen muß und welche deshalb die Praxis zu beantworten hat, wenn, wie dies vom sächsischen Gesetz gilt, die Gesetzgebung derselben ausgewichen ist. Man mag nämlich die Möglichkeit von subjektiven Rechten auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts und die Angemessenheit der Bezeichnung „öffentliche subjektive Rechte" noch so sehr bestreiten, der innere rechtliche Unterschied zwischen jener Art von Individualinteressen, welchen man diesen Namen giebt und denjenigen, welche man als bloße Interessen im Gegensatze zu subjektiven öffentlichen Rechten bezeichnet, ist ein realer, nicht wegzuleugnender[1]). Er wird veranschaulicht durch den rechtlichen Unterschied des Interesses, welches durch eine gesetzwidrige Expropriationsverfügung verletzt wird, von jenem, welchem die instruktionswidrige Versagung der Stundung einer öffentlichen Pflicht oder gar die im Widerspruch mit dem Wunsche einer Stadtgemeinde erfolgte Bestimmung des Sitzes einer Behörde nahe tritt.

[1]) Den umfassendsten und anziehendsten Versuch seiner Bestimmung bietet Jellineks System der öffentlichen subjektiven Rechte. Hierzu die auf Grund der praktischen, positiven Gestaltung des Rechts geübte Kritik Tezners im 21. Bd. der Grünhutschen Zeitschrift und im Verwaltungsarchiv 8. Bd. S. 494 ff. 505 ff. Die von Jellinek an verschiedenen Stellen, vgl. zuletzt „Das Recht des modernen Staates" S. 37, 388 f. überall in gereiztem, sarkastischen Tone erteilte Erwiderung vermag an der Thatsache nichts zu ändern, das seine, praktische Zwecke verfolgende Untersuchung (a. a. O. S. 8) bisher keine erkennbare Wirkung auf die Praxis der Verwaltungsrechtspflege geübt hat. Vgl. die Prognose Zorn's, Verwaltungsarchiv 2. Bd. S. 97. Auch die Motive zum sächsischen Gesetz halten S. 33 Abs. 2 gegenüber den vier Status Jellineks an der landesüblichen Kennzeichnung der subjektiven öffentlichen Rechte fest. Jellinek möchte jetzt a. a. O. S. 378 seinen Status nur mehr terminologische Bedeutung beilegen. Allein in seiner Monographie erschöpfen sie das Wesen der subjektiven Rechte und bilden die materielle Grundlage ihres Systems.

Es kann nun keinem Zweifel unterliegen, daß die Verwaltungsrechtspflege einer Abgrenzung gegenüber der Verwaltung bedarf und daß eine solche Abgrenzung durch die Beschränkung derselben auf die Wahrung subjektiver Rechte geschaffen wird. Eben so unzweifelhaft aber ist es, daß es eine Reihe von Individualinteressen giebt, welche der Behandlung im Verwaltungsrechtspflegeverfahren fähig und derselben in höherem Grade würdig sind als gewisse subjektive Rechte. Wer z. B. wird es leugnen, daß mein Interesse an der Verleihung einer Gewerbekonzession, welche nach einzelnen Gesetzen keinen Gegenstand eines Rechtsanspruchs bildet, den ausgiebigen Schutz der Verwaltungsrechtspflege in höherem Grade verdient, als mein Interesse, daß mir nicht eine Steuer von zehn Mark widerrechtlich auferlegt werde? Andererseits würde eine Gesetzgebung, welche schrankenlos jedes durch einen gesetzwidrigen Verwaltungsakt verletztes Interesse zur Beschreitung des Rechtsweges zuließe, eine politisch unmögliche, auf den gesetzmäßigen Gang der gesamten Verwaltung gerichtete actio popularis zum Schutze bloßer Privatinteressen schaffen. Aus dieser Verlegenheit giebt es nur einen Ausweg, der auch von einzelnen Gesetzgebungen mit Erfolg betreten worden ist. Die Verwaltungsrechtspflege wird grundsätzlich auf den Schutz subjektiver Rechte beschränkt. Außerdem werden aber erschöpfend diejenigen Interessen durch Gesetz bestimmt, welche der Wohlthat eines erhöhten staatlichen Schutzes in gerichtlichen Formen teilhaftig werden sollen, ungeachtet sie keine subjektiven Rechte sind[1]).

[1]) Diesen Ausweg benützt das württembergische Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege vom 16. Dezember 1876. Zu demselben Sarwey, Das öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtspflege S. 261 ff. Im Ergebnis nähert sich auch das preußische System dieser Art der Regelung, sofern das Gebiet der Polizeiverfügung, gegen welche verwaltungsgerichtlicher Schutz nur dann gewährt wird, wenn sie ein subjektives Recht verletzt, an Umfang das

Die Motive des sächsischen Gesetzes nehmen gegenüber der hier erörterten Frage eine schwankende Stellung ein[1]). Der nackte Wortlaut des Gesetzes selbst läßt aber die Anfechtungsklage gegen einen obrigkeitlichen Akt schon auf Grund der bloßen Behauptung zu, daß derselbe auf einer Verletzung des objektiven Rechts beruhe[2]). Damit erfährt aber die Anfechtungsklage, wie bereits bemerkt, eine politisch unmögliche Ausdehnung. Die Praxis wird deshalb das Gesetz einschränkend dahin auslegen müssen, daß diese Klage grundsätzlich nur dem Schutze subjektiver Rechte, dem Schutze bloßer Interessen aber nur dann zu dienen hat, wenn ihnen der verwaltungsgerichtliche Schutz durch Gesetz ausdrücklich zuerkannt ist[3]). Fälle dieser letzteren Art kennt schon das neue Gesetz selbst. Ich erinnere an das Interesse der Personen, welche bei der Herstellung oder Erhaltung eines öffentlichen Weges als baupflichtig in Betracht

Gebiet der übrigen erschöpfend aufgezählten Verwaltungsstreitsachen, weit übertrifft. Sonach kann der Eindruck, als ob in beiden Gesetzen das Enumerationsprinzip gegenüber dem Generalisierungsprinzip vorherrschen würde, nur auf den ersten Blick entstehen, und es wird die Täuschung dadurch hervorgerufen, daß die Katalogisierung der Streitsachen im Texte einen größeren Raum einnimmt als das ihnen gegenüberstehende, alle anderen Kategorieen umfassende Prinzip. Eingehendere Prüfung lehrt, daß sich im praktischen Ergebnis das Verhältnis umgekehrt gestaltet. Die taxativ aufgezählten Verwaltungsstreitsachen werden der Rechtspflege, wie sie sind, also ohne Unterscheidung von zu schützenden Rechten oder Interessen überwiesen.

[1]) S. 33 Abs. 2, 35 Abs. 2, 58 Abs. 1, 2 erregen sie den Eindruck, als wäre die Anfechtungsklage der österr. Beschwerde gegen Verletzung subjektiver Rechte nachgebildet; S. 41 wollen sie die Anfechtungsklage gegen die Anordnung der Neuanlage oder der Ausbesserung eines öffentlichen Weges, sowie gegen die Ausführungsmodalitäten nur im Falle einer Rechtsverletzung zulassen. Dagegen wird S. 58 Abs. 3, 4 der ganzen Scheidung zwischen Recht und Interesse jede Bedeutung für die Handhabung des neuen Gesetzes abgesprochen.

[2]) § 76 Z. 1.

[3]) Auch die Ausführungen v. Metzsch's a. a. O. lassen erkennen, daß den Urhebern des Gesetzes zunächst nur der Schutz subjektiver Rechte vorschwebte, nicht aber eine universale Popularklage auf Abstellung jeder Art von Gesetzwidrigkeit der Verwaltung durch den Verwaltungsrichter.

kommen, an der verläßlichen Feststellung der Öffentlichkeit, an die Interessen der Bewerber um frei zu gewährende Nutzungen an einem öffentlichen Gewässer, welche vermöge einer eigentümlichen Bestimmung des Gesetzes dem Verfahren auf Anfechtungsklage unterworfen werden können[1]).

II.

Was den von dem sächsischen Gesetz gezogenen Unterschied zwischen der Parteistreitigkeit des öffentlichen Rechts und der Anfechtungssache betrifft, so sind die Motive zunächst bemüht, ihn als einen grundlegenden Unterschied im Wesen hinzustellen. In den Parteistreitigkeiten sollen ganz wie im Civilrechtsstreit zwei individuell berechtigte Subjekte, sie seien Privatpersonen oder öffentliche Körperschaften, einander gegenüberstehen, welche über ihre gegenseitigen Rechte streiten, wogegen in den Anfechtnngssachen der Einzelne unmittelbar der Verwaltungsbehörde gegenüberstehe und nur darüber gestritten werde, ob sich die Behörde gegenüber dem Anfechtungskläger keiner Rechtsverletzung schuldig gemacht habe?[2])

[1]) § 21 Z. 8, 9, § 24. Unzweifelhaft werden auch vermöge der allgemeinen Bestimmung des § 73 Z. 7 bloße Interessen zu verwaltungsgerichtlichem Schutz gelangen. Nach den Motiven S. 40 Abs. 1 wird die Anfechtungsklage sogar gegen eine gesetzwidrige Änderung von Gemeindebezirken zulässig sein, ohne daß unterschieden würde, ob das verletzte Gesetz nur instruktionelle Bedeutung hat oder den Gemeinden einen Rechtsanspruch auf die Erhaltung ihrer bisherigen Grenzen im Rahmen seiner Bestimmungen gewähren will. Vgl. auch S. 50 zu § 45. Über die kraft des Gesetzes des gerichtlichen Schutzes fähigen Interessen wird aber die Praxis nicht hinausgehen dürfen. Somit ist das sächsische Gesetz trotz der zu weiten Fassung des § 76 Z. 1 dem württembergischen System zuzurechnen, was auch auf S. 33 f. der Motive ausdrücklich anerkannt wird.

[2]) S. 33 Abs. 2, S. 34 Abs. 2, woselbst für die Parteienstreitigkeit der Bestand eines wirklichen Parteienverhältnisses behauptet wird, welches in einem dem bürgerlichen Prozeß nachgebildeten Verfahren geordnet werden könne, S. 49 Abs. 1, S. 57 zu §§ 73–84. Dagegen ist S. 50 zu § 46 auch von Anfechtungsklagen die Rede, bei denen ein wirklicher Gegner vorhanden ist.

Die praktischen Folgerungen, welche im Gesetze selbst aus diesem Unterschiede gezogen werden, sind folgende: Die Klage im Verfahren für Parteistreitigkeiten muß bei sonstiger Gefahr der Abweisung a limine einen bestimmten Antrag, sowie eine genaue Bezeichnung des Beklagten enthalten; bei der Anfechtungsklage entfällt die Bezeichnung des Beklagten und es genügt an Stelle des Antrags eine deutliche Äußerung des Anfechtungsklägers, worin er die ihn berührende Verletzung des materiellen oder des prozessualen Rechts, das ihm zugestoßene Unrecht erblickt?[1]) Im Anfechtungsverfahren soll das Oberverwaltungsgericht nach Lage der Umstände in der Sache selbst entscheiden, daneben aber auch diese Entscheidung der Verwaltungsbehörde selbst überlassen können. Für die Parteistreitigkeiten findet sich eine solche Überweisung der Entscheidung an eine Verwaltungsbehörde nicht zugelassen, so daß hier immer nur ein Verwaltungsgericht in der Sache selbst zu erkennen hat[2]). Es ist endlich zulässig, eine Parteistreitigkeit im Anfechtungsverfahren auszutragen, nicht aber darf eine für die Anfechtungsklage bestimmte Sache dem Verfahren für Parteistreitigkeiten unterzogen werden[3]).

Eine nähere Betrachtung lehrt nun, daß zwar einzelne der sogenannten Parteistreitigkeiten den Bestand eines materiellen Rechtsverhältnisses zwischen den Parteien zum Gegenstand haben[4]), daß jedoch bei wichtigen und umfangreichen Gruppen derselben kein Rechtsverhältnis der Parteien zu einander, son-

[1]) §§ 34 Abs. 1, 37, 78 Abs. 2; Motive S. 49 zu § 37.

[2]) §§ 82 Abs. 1, 54 ff.

[3]) § 24, Motive S. 38 zu § 21. S. 45 Abs. 1 heben die Motive noch folgenden Unterschied hervor: „In Parteistreitigkeiten bildet die kontradiktorische Verhandlung die Regel, in Anfechtungssachen die Ausnahme.“

[4]) § 21 Z. 1, 4, 5, 10.

dern nur ein solches der Parteien zur Behörde oder zu dem hinter ihr stehenden Staate zu erörtern ist, daß in solchen Fällen nicht zwei individuell berechtigte Parteien mit unvereinbaren Ansprüchen gegeneinander vorhanden sind, sondern eine bloße Summe von Einzelparteien, zwischen denen die mannigfaltigsten Gruppierungen der Interessen an dem Ausfalle eines bestimmten Verwaltungsakts obwalten können, so zwar, daß auch die Möglichkeit voller Harmonie derselben nicht ausgeschlossen ist. Die bemerkenswertesten Beispiele für diese Arten von Parteistreitigkeiten bilden die vom sächsischen Gesetze in dieselben einbezogene Verleihung von Nutzungen an fließenden Wässern und die Aufteilung der Wegebaulast auf die Baupflichtigen[1]). Wenn nämlich mehrere Personen in Betreff der freien Austeilung von Wassernutzungen miteinander konkurrieren, stehen sie vor der Austeilung so wenig in einem Rechtsverhältnis zu einander, wie die Bewerber um ein und dasselbe Amt; sie kehren sich mit ihren Ansprüchen nicht gegeneinander, sondern an die Behörde[2]). Wer andererseits eine Wegebaupflicht bestreitet, leugnet kein Rechtsverhältnis zu dem sie Behauptenden, sondern den Bestand einer Leistungspflicht gegenüber der staatlichen Gemeinschaft. Er wehrt sich gegen die ihm drohende Auflage der Behörde wie der Angeklagte im Strafprozeß gegen die Auflage der Strafe[3]). In beiden Fällen aber handelt es sich nicht lediglich und nicht immer um autoritative Beendigung eines Streites nach Art des Civilprozesses, sondern immer auch oder lediglich um die Erfüllung von öffentlichen Interessen, an welche sich ein Gegensatz von Privatinteressen zwar knüpfen kann,

---

[1]) § 21 Z. 6, 9.

[2]) Hänel, Deutsches Staatsrecht I. S. 190; Sarwey a. a. O. S. 113 ff.

[3]) Gneist, Rechtsstaat, 2. A. S. 270, 274.

aber nicht knüpfen muß. Dies anerkennen die Motive selbst. Denn die gesamte Verwaltungsrechtspflege, also auch die für Parteistreitigkeiten eingeführte, bildet für die Motive ein Stück der Erfüllung staatlicher Lebensinteressen durch die hierfür berufene Verwaltung, und darum wollen sie die Verhandlungsmaxime und das Verzichtsprinzip des Civilprozesses als geeignete Grundlage des Verwaltungsstreitverfahrens nicht gelten lassen[1]). Deshalb hat denn auch nach dem sächsischen Gesetze das Verfahren mit dem ihm vermeintlich ähnlichen Civilprozeß wesentlich keine anderen Grundsätze gemein, als welche jeder Art moderner Prozeßgesetze eigentümlich sind: Öffentlichkeit und Unmittelbarkeit, Parteiengehör, Parteienöffentlichkeit der Beweismittel u. s. w.[2]) Im übrigen ist das neue Verfahren auch in Parteistreitigkeiten den Interessen der Parteien nur soweit dienstbar gemacht, als die das öffentliche Interesse regelnden Rechtsnormen eine solche Dienstbarkeit zulassen[3]). Diese Rechtsnormen hat das Verwaltungsgericht von Amts wegen[4]), unabhängig von dem Vorliegen etwaiger darauf gerichteter Anträge der Parteien und nötigenfalls im Widerspruch mit den übereinstimmenden Anträgen aller

[1]) Motive S. 32 Bemerkung zu B Abs. 2, S. 43 unten und 44.

[2]) Motive S. 43 zu den §§ 25—33; S. 45 ebenda wird es mit der inneren Verschiedenheit des Verfahrens in Parteistreitigkeiten und des Civilprozesses erklärt, daß das Gesetz von einer allgemeinen Anweisung zur analogen Anwendung der Reichscivilprozeßordnung Abstand genommen hat.

[3]) Die Formulierung ist richtiger als jene, derzufolge dem verwaltungsrechtlichen Prozesse die Verhandlungsmaxime und das Verzichtsprinzip nicht bekannt sei. Soweit die Parteien außerhalb des Prozesses ungehindert durch Normen des öffentlichen Rechts über sich selbst und über ihr Vermögen verfügen können, soweit können sie es auch im verwaltungsrechtlichen Prozeß. Unter Umständen sind die Behörden sogar verpflichtet, dem öffentlichen Interesse dienende Verfügungen der Parteien anzuregen und zu unterstützen. Tezner, Handbuch des österreichischen Administrativverfahrens S. 185. Über die sogenannte Beweislast im Verwaltungsprozeß a. a. O. S. 148 ff.

[4]) Motive S. 28 zu § 12.

Parteien zu wahren, es möchten sich diese Anträge auf Thatbestandserhebungen beziehen[1]), oder die materielle Gestaltung des Verwaltungsakts selbst betreffen[2]). Dem Oberverwaltungsgericht hat sogar unter Umständen ein Vertreter des öffentlichen Interesses zu dessen ausgiebigerer Wahrung unterstützend zur Seite zu treten[3]). Das sächsische Gesetz geht in diesem Punkte nach dem Vorbilde des badischen Gesetzes so weit, daß es bei obwaltendem öffentlichen Interesse die Austragung einer einmal durch Klage angeregten Parteienstreitigkeit zuläßt oder vorschreibt, selbst wenn alle Parteien von der Sache nichts mehr hören, über dieselbe nicht mehr streiten wollen. Es kennt also Parteistreitigkeiten bei völliger Einmütigkeit der Parteien oder bei einmütiger Gleichgültigkeit derselben gegenüber dem vermeintlichen Streitpunkt[4]).

Weil nun in wichtigen Fällen die Parteistreitigkeit kein Rechtsverhältnis der Parteien zum Gegenstande hat, so erklärt es sich, daß in diesen Fällen der Bezeichnung „Kläger“ und

---

[1]) § 25 und Motive S. 45.

[2]) Nach § 25 kann auf eingelegtes Rechtsmittel auch eine reformatio in pejus stattfinden. Zu den Rechtsmitteln gehört nach den Motiven S. 46 Abs. 3 auch die Klage in Parteistreitigkeiten. Bei der Unabhängigkeit des Gerichts von den Anträgen der Parteien kann die Kreishauptmannschaft als Verwaltungsgericht auf Grund des § 21 Z. 8 über den Umfang der Öffentlichkeit eines Weges eine Entscheidung fällen, welche weit über den Antrag der Klage hinausgeht und nicht nur vom Beklagten, sondern auch vom Kläger selbst als Nachteil empfunden wird.

[3]) § 12. Über die Stellung dieses Vertreters spricht sich das Gesetz nicht näher aus. Wird er auch submittieren können? In welchem Umfange können auf ihn die gesetzlichen Bestimmungen über die Parteien angewendet werden?

[4]) §§ 35 Abs. 1, 64 Abs. 3, 69 Abs. 2, Motive S. 44 Abs. 2. Streng genommen sollte vom Standpunkte der Motive in einem solchen Falle die Sache beim Mangel eines Streites in das offiziöse Verwaltungsverfahren zurücktreten. Allein es ist zweckmäßiger erachtet worden, die Sache dort austragen zu lassen, wo sie begonnen hat, zumal der Streit im Verwaltungsverfahren neuerlich entbrennen kann. Auch § 66 Abs. 1 kann zu einer Parteienstreitigkeit ohne streitende Parteien führen.

„Beklagter" nur die Bedeutung einer der preußischen Gesetzgebung nachgeahmten, materiell belanglosen dekorativen Ornamentik zukommt. Das Gericht kann zwar die Klage in Parteistreitigkeiten von vornherein abweisen, wenn kein bestimmter Beklagter darin angegeben ist. Aber ein Fehler in der Bestimmung schadet nicht. Das Gericht kann und soll vielmehr dem Kläger von Amts wegen alle Jene als Parteien des Verfahrens gegenüberstellen, die es nach den für den Fall maßgebenden, wohlverstandenen Verwaltungsrechtsnormen sein sollen, gleichviel, ob sie der Kläger erkannt und genannt hat oder nicht[1]). Für diese anderen, von Amts wegen Beigezogenen besteht der Beteiligungszwang ganz ebenso wie für die vom Kläger Genannten und wie für den Kläger selbst, der von seinem Klageantrag nichts mehr wissen will[2]). Ist nun

[1]) § 45. Die Motive enthalten S. 50 zu § 45 und S. 59 zu § 73 bloße Andeutungen über die materiellen Voraussetzungen für die Parteieigenschaft im verwaltungsgerichtlichen Prozeß. Einen tiefer eingehenden Versuch zur Feststellung derselben unternimmt Tezner, Handbuch S. 118—130. Da nun ein Irrtum über die Voraussetzungen leicht möglich ist, das Gesetz selbst im § 24 Nachsicht gegen die Verwechslung der Parteistreitigkeit mit der Anfechtungssache bekundet und zweifellos im Interesse der Zugänglichkeit des vom Anwaltszwang befreiten Verfahrens für Jedermann eine derselben nachteilige Formenstarrheit vermeidet (Motive S. 46 Abs. 2, S. 55 zu § 65 Abs. 3), so wird man auch die Vorschrift des § 34 von der genauen (für das Gericht nicht einmal verbindlichen) Bezeichnung des Beklagten nicht buchstäblich nehmen dürfen, sondern sich begnügen müssen, wenn die Klage erkennen läßt, was der Kläger will und ob sein Verlangen für das Verfahren nach § 34 ff. geeignet ist? Eine Nachsicht gleicher Art läßt das österr. Reichsgericht für die bei ihm anzubringenden Rechtsbeschwerden trotz des gesetzlichem Anwaltszwanges obwalten (Nr. 728 der Hye'schen Sammlung seiner Erkenntnisse). Die öfters gehörte Behauptung, das verwaltungsgerichtliche Verfahren unterscheide sich durch seine größere Formenstrenge vom Verwaltungsverfahren, wird sowohl durch die ein weites Feld des Ermessens eröffnenden Bestimmungen des ersteren, als auch durch die in eingehenden Spezialgesetzen geregelten Fälle des Verwaltungsverfahrens widerlegt.

[2]) Motive S. 50 zu § 45 Abs. 2.

die Stellung sämtlicher Parteien des Verwaltungsstreitverfahrens als möglicher Zwangsparteien oder als Parteien wider Willen wesentlich von jener der Parteien des Civilprozesses verschieden, so hat auf der anderen Seite das Gesetz selbst dafür gesorgt, die von ihm hervorgerufene Täuschung zu zerstören, als läge im Parteienstreit das Wesen der Parteistreitigkeit und ihr Unterschied von der Anfechtungssache. Denn auch im Anfechtungsverfahren kann das Gericht durch Beiladung Beteiligter jenen Parteienstreit hervorrufen, welcher bei der Parteistreitigkeit nicht immer obwalten muß[1]). Ja, in einzelnen Fällen der Anfechtungsklage, wie bei jener, die sich gegen die Entscheidungen eines Bergschiedsgerichts oder gegen die Entscheidungen der dem § 19 des Ges. v. 1. Nov. 1836 unterliegenden Fälle richtet, wird durch das Gesetz selbst ein wahrhafter Parteienstreit zur Voraussetzung der Anfechtungsklage erhoben[2]). Es kann auch nicht bezweifelt werden, daß das Oberverwaltungsgericht mehrere ihm gleichzeitig vorliegende, gegen denselben Verwaltungsakt gerichtete Anfechtungsklagen in eine Verhandlung zusammenziehen und die Möglichkeit für eine contradiktatorische Verhandlung im Anfechtungsprozesse schaffen werde. Er wird deshalb die Praxis die Behauptung von der inneren Verschiedenheit der Parteistreitigkeiten und der Anfechtungssachen und der stärkeren Verwandtschaft der ersteren mit der Civilprozeßsache ebensowenig ernst nehmen

[1]) § 81 Abs. 2, 45 Abs. 1 u. 2. Ein stiller Beklagter nach Art des stillen Gesellschafters oder Stellvertreters ist zwar auch beim Mangel anderer Privatparteien außer dem Kläger in der angegriffenen Behörde vorhanden, die nach § 79 Abs. 1 eine Gegenerklärung gegen die Anfechtungsklage ebenso erstatten kann, wie der Beklagte des § 39. Nur so wird es einigermaßen begreiflich, daß auch, wenn kein Privatbeklagter da ist, die Rechtsbeschwerde Anfechtungsklage heißt und in § 1 den Verwaltungsstreitsachen beigezählt wird.

[2]) § 73 Z. 5, 7, 8. Motive S. 62 zu Z. 5 und Z. 7 Abs. 2, S. 39 letzter Satz.

dürfen als daß Gesetz selbst[1]), welches die gleichen wesentlichen Grundsätze des Verfahrens für beide Arten von Verwaltungsstreitsachen aufstellt[2]), und es werden die Analogieen auch für das Verfahren in Parteistreitigkeiten nicht so sehr im Civilprozesse, als vielmehr in dem Verwaltungsverfahren mit ausgebildeten Parteirechten, im civilprozessualen Verfahren außer dem Streite, in welchem auch beim Vorkommen mehrerer Parteien das Auslangen ohne die Bezeichnungen Kläger und Beklagter gefunden wird, und im Strafprozesse zu suchen sein.

III.

Einer Erörterung in hohem Grade bedürftig ist die Stellung, welche das sächsische Gesetz zu dem Probleme der

---

[1]) Auch die Motive geben an verschiedenen Stellen diese Verschiedenheit im Wesen auf. S. 33 Abs. 1 erklären sie es von Zweckmäßigkeitsgründen abhängig, ob eine Verwaltungsstreitsache im Verfahren für Parteistreitigkeiten oder im Anfechtungsverfahren zu erledigen sei? S. 43 zu § 24 erörtern sie die Fähigkeit einer und derselben Verwaltungsrechtssache für die Behandlung nach beiden Verfahrensarten. S. 50 zu § 45 sprechen sie von Anfechtungsklagen, bei denen ein wirklicher Gegner vorhanden sei, dem jedoch die Stellung einer Prozeßpartei nicht zukomme, und lassen überhaupt das Ermessen des Gerichts dafür ausschlaggebend sein, ob Interessenten dem Anfechtungsverfahren beigeladen werden sollen oder nicht? Vgl. auch a. a. O. S. 59 zu § 73 im Abs. 2. — S. 45 Abs. 1 ist von der Möglichkeit eines contradiktatorischen Verfahrens in Anfechtungssachen die Rede. So erscheint die Verwaltungsstreitsache als eine weiche Masse, aus welcher das Gesetz, das Gericht, die Partei (§§ 81, 45 Abs. 1) entweder eine Parteistreitigkeit oder eine Anfechtungssache formen kann. Die richtige Erkenntnis deutet schon Funke, ein älterer sächsischer Schriftsteller an, der in seiner Abhandlung, Die Verwaltung in ihrem Verhältnis zur Justiz, S. 142, es als belanglos hinstellt, ob in einer Administrativjustizsache Beteiligte als Gegner auftreten oder nicht. Von neueren vgl. ganz besonders Lemayer in Grünhuts Zeitschrift, 12. Bd. S. 213 und Bernatzik, Rechtsprechung und materielle Rechtskraft S. 57, 58 A. 4. Man sollte deshalb den ganzen Gegensatz, wie dieses die Motive S. 25 zu §§ 1 u. 2 thun, als einen bloß äußerlichen, nicht als inneren hinstellen.

[2]) § 81 Abs. 2.

Ermessenssachen einnimmt. Die Ermessenssache wird einmal genommen im Sinne der reinen Verwaltungssache, für deren Bestimmung die Annahme der Realität subjektiver Rechte auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts ganz unentbehrlich ist. Nennt man in diesem Sinne eine Verwaltungssache eine ‚Sache des freien Ermessens der Verwaltungsbehörden', so will man damit sagen, daß die Behörde einem rechtlichen Parteienanspruche auf die Gestattung eines Verwaltungsakts überhaupt oder nach jener Richtung, welche die Partei bestimmen will[1]), nicht ausgesetzt sei. Das freie Ermessen bedeutet hier die Leugnung eines subjektiven Rechtes oder Anspruchs mit dem von der Partei behaupteten Inhalt. Bezeichnend ist der Ausdruck freies Ermessen für dieses Verhältnis durchaus nicht, da auch solche Verwaltungsakte, bei welchen die Parteien überhaupt nicht oder wenigstens nicht in der von ihnen bezeichneten Bestimmungsrichtung mitzureden haben, durch gesetzliche Bestimmungen nach allen Richtungen hin gebunden sein können. Es ist z. B. denkbar, daß beim Eintritte bestimmter Voraussetzungen die Behörde eine allgemeine Verordnung mit einem im Vorhinein bestimmten Inhalt kraft gesetzlicher Vorschrift erlassen muß, ohne daß eine Partei auf diese Erlassung einen Anspruch erheben könnte[2]). Es wäre auch in

---

[1]) Nach österr. Recht ist die Regierung bei der Verleihung von Eisenbahnkonzessionen insofern dem Einzelnen gegenüber gebunden, als sie keine Konzession verleihen darf, durch welche ein bereits früher verliehenes Eisenbahnmonopol oder die gesetzlichen Grenzen der für eine Eisenbahn zulässigen Enteignung verletzt werden, sie ist aber insofern wieder frei, als ein Anspruch auf die Verleihung der Konzession grundsätzlich nicht besteht.

[2]) So könnte die Staatsverwaltung durch formelles Gesetz verpflichtet sein, in einer Ortsgemeinde bei einer bestimmten Mindestzahl von Einwohnern eine Poststelle zu errichten oder für die Errichtung einer Apotheke zu sorgen, ohne daß der Gemeinde oder Jemandem außer ihr ein Anspruch auf das eine oder das andere zuerkannt wäre.

der That vor Einführung der Verwaltungsgerichte Niemandem eingefallen, in Fällen einer solchen gesetzlich vollständig gebundenen Marschroute der Verwaltungsbehörden von einem freiem Ermessen derselben zu sprechen.

Erst nach der Einführung der verwaltungsgerichtlichen Nachprüfung von Verwaltungsakten hat man diesen Ausdruck für nötig erachtet, um erkennbar zu machen, daß es sich in einem bestimmten Fall nur um eine Sache der Verwaltung handle, bei deren Erledigung, von entgegengesetzten Bestimmungen abgesehen, die Verwaltungsbehörde von der gerichtlichen Nachprüfung ihrer Gesetzmäßigkeit frei gelassen werden müsse. Während hier dem Ausdrucke freies Ermessen der Verwaltungsbehörden die technische, nur bei einer bestimmten Gestaltung der Verwaltungsrechtspflege verwendete, dem allgemeinen Sprachgebrauch widerstrebende Bedeutung zukommt, reine Verwaltungssachen zu bezeichnen, hat man auf der anderen Seite überall, wo auch der allgemeine Sprachgebrauch von einem Ermessen der Verwaltungsbehörden spricht, eine reine, verwaltungsgerichtlicher Nachprüfung entzogene Verwaltungssache gegeben erachtet, mochte auch ein solches Vorgehen der Behörde in Frage stehen, durch welches die Rechtssphäre einer bestimmten Partei in der empfindlichsten Weise betroffen werden kann. Der Grund für die Aufstellung dieser zweiten Kategorie von Ermessens- als Verwaltungssachen wird darin erblickt, daß in gewissen Fällen die Rechtssphäre des Individuums gegenüber der Verwaltung durch nicht genügend sichere und somit dem Subjektivismus ausgesetzte Rechtsbegriffe abgegrenzt sei[1]) Darnach soll es eine reine

[1]) Motive S. 33, S. 58 Abs. 2, S. 66 Abs. 2. Ebenda S. 41 zu Z. 6 Abs. 4 findet sich ein Beispiel einer Ermessenssache im ersten S. d. W. angeführt, nämlich die Regulierung der Wegebaupflicht bei Änderungen der Gemeindebezirke.



Verwaltungssache sein, wenn jemand behauptet, daß ihm infolge Überschätzung seines Einkommens dem Rechte zuwider eine Steuer in ungebührlicher Höhe auferlegt, oder daß ihm rechtswidrig die Demolierung seines Hauses wegen vermeintlicher Einsturzgefahr aufgegeben worden sei, ungeachtet dessen Baufestigkeit noch für eine Reihe von Jahren gesichert erscheine.

Die Rätlichkeit der Einführung einer verwaltungsgerichtlichen Nachprüfung von Verwaltungsakten ist diskutabel. Allein eine Gesetzgebung, welche die Möglichkeit und Zweckmäßigkeit solcher Nachprüfung durch ihre Einführung anerkannt hat, giebt durch ihre hierdurch bezeugte Unsicherheit und Halbheit den Gegnern solcher Nachprüfung eine wirksame Waffe in die Hand, wenn sie Ermessenssachen der zweiten Art zu reinen Verwaltungssachen erhebt. Eine eingehendere Betrachtung lehrt nämlich, daß sich auch die Anwendung anscheinend fester, sicherer Begriffe im konkreten Fall zu einer unsicheren, dem Subjektivismus ausgesetzten gestalten, also Ermessenssache werden kann, daß also die Anerkennung solcher Ermessenssachen als gerichtlicher Kontrole entzogener Verwaltungssachen diese Kontrole selbst nicht nur zum Nachteil für die Parteien, sondern auch für die einer festen Begrenzung ihrer Zuständigkeit bedürftigen Verwaltungsbehörden auf einen schwankenden Boden stellt. Man glaubt z. B., daß Begriffe, wie Gemeingefahr, öffentliches Interesse sich für die Kognition der Verwaltungsgerichte nicht eignen. Indes kann ihre Erfüllung oder Nichterfüllung im konkreten Fall für jedermann liquid sein, während die anscheinend einfache Frage, ob ein Weg seiner Anlage nach nur Fuß- oder schon Fahrweg, ob eine Baulichkeit Hütte oder Haus sei[1]), im einzelnen Falle die größten Schwierigkeiten zu bereiten

[1]) Auch Fragen dieser Art werden nach § 21 Z. 8 und nach den Motiven S. 42 Abs. 2 die sächsischen Verwaltungsgerichte beschäftigen.

vermag. Die hier aufgestellte Erwägung, welche zur Erkenntnis der Unmöglichkeit einer Abgrenzung der arbiträren Begriffe selbst führt, erklärt es nun, daß in allen für die Reform der Verwaltungsrechtspflege in Betracht kommenden Staaten Gesetzgebung wie Praxis von dem, wenn auch zaghaft bekundeten, so doch erkennbar geäußerten Bestreben beherrscht sind, die verwaltungsgerichtliche Kontrole auf Ermessenssachen der zweiten Art zu erstrecken. Diese Behauptung trifft nun auch für das sächsische Gesetz zu. Von selbst versteht es sich, wie dies durch die Motive hervorgehoben wird, daß immer, wenn eine sogenannte Parteistreitigkeit oder eine nach Art der Parteistreitigkeiten beschriebene Anfechtungssache, ganz so wie sie ist[1]), und ohne weitere Beschränkung dem verwaltungsgerichtlichen Verfahren zur Erledigung zugewiesen erscheint, diese Erledigung auch die Ermessensfragen mit zu umfassen hat[2]). Aber auch, soweit das Gebiet der Anfechtungsklage durch einen allgemeinen Grundsatz bestimmt wird, wie im § 73 Z. 1, erscheint dieser Grundsatz, vom Standpunkte des Rechtspflegeinteresse betrachtet, glücklicherweise durch keinerlei Hinweis auf ein unfaßbares und darum unantastbares arbitrium der

---

[1]) Vgl. z. B. § 73 Z. 4, wonach das O. V. G. festzustellen haben wird, ob ein Verein, der seine Eintragung in das Vereinsregister gemäß § 21 des B. Gb. verlangt, nicht etwa einen diese Eintragung ausschließenden politischen oder socialpolitischen Zweck verfolge? dann § 73 Z. 7 in fine, § 74.

[2]) Motive S. 32 zu B Abs. 2, S. 34f. unten, S. 56 Abs. 6, S. 57f. unten, S. 61 zu Z. 3 Abs. 2. Sofern also kraft dieser Zuweisung die sächsische Verwaltungsgerichtsbarkeit Ermessensfragen miterledigen wird, haben die Motive Unrecht, wenn sie S. 34 Abs. 3 behaupten, die sächsischen Verwaltungsstreitsachen seien aus der Verwaltung herausgeschälte Rechtssachen im Gegensatz von Ermessenssachen. Es wird eben übersehen, daß auch die Frage, ob Jemandem eine zwecklose oder zweckwidrige polizeiliche Auflage gemacht, ob nicht ohne ausreichende Gründe die Abtragung eines Hauses als eines einsturzgefährlichen verfügt worden sei, eine wahre Rechtsfrage im Sinne der Frage nach der Verletzung eines subjektiven Rechtes bilde.

Behörden beschränkt, so daß die Behauptung der Unkontrolierbarkeit dieses arbitrium im Gesetze keinen Anhaltspunkt findet. Die Motive selbst geben zu, daß zum mindesten materiell durch Steuerüberbürdungen, welche auf Überschätzungen der Steuerpflichtigen zurückzuführen sind, wahrhafte Rechtsverletzungen zugefügt werden, welche nur aus opportunistischen Gründen der Verwaltungsgerichtsbarkeit entzogen seien[1]), sie erklären auch in Ermessenssachen die Anfechtungsklage statthaft, sofern die Überschreitung der Ermessensgrenze oder die Erfüllung der im Gesetze aufgestellten thatsächlichen Voraussetzungen für die Rechtmäßigkeit einer im Einzelfall ergangenen obrigkeitlichen Verfügung in Frage steht[2]), und sie erörtern deshalb auch die Möglichkeit, das Bedürfnis nach der Anlage eines neuen öffentlichen Weges im Anfechtungsverfahren festzustellen, wenn in der Auflage zu seiner Erhaltung eine Rechtsverletzung gegenüber dem Belasteten gelegen sein könnte[3]).

Der österreichische Verwaltungsgerichtshof, welchem kein anderes Erkenntnismittel für die Feststellung des Thatbestandes zur Verfügung steht, als die Akten des Verwaltungsverfahrens, stellt zwar den Grundsatz der Unkontrolierbarkeit thatsächlicher Feststellungen der Behörden arbiträren Inhalts auf, giebt ihm jedoch in zahlreichen Fällen wieder preis. Um so mehr wird

---

[1]) Motive S. 65 zu Z. 2 Abs. 1.

[2]) S. 33 Abs. 2, S. 58 Abs. 2. Hierzu Tezner, Zur Lehre von dem freien Ermessen der Verwaltungsbehörden als Grund der Unzuständigkeit der Verwaltungsgerichte II, III, IV und dessen unter demselben Titel in Grünhuts Zeitschrift 19. Bd. veröffentlichte Erwiderung auf Bernatzik's Kritik im 18. Bd. derselben Zeitschrift, ferner Zorn im Verwaltungsarchiv 2. Bd. S. 140 ff., Lemayer im 22. Bd. der Grünhut'schen Zeitschrift S. 446 ff., in neuester Zeit Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, S. 165 ff. Gegen denselben Tezner, Die Theorien der deutschen Verwaltungsrechtspflege im Verwaltungsarchiv 9. Bd.

[3]) S. 41 Abs. 4, Tezner, Zur Lehre u. s. w. S. 92 ff.

das sächsische Oberverwaltungsgericht seine Kontrole auch auf Feststellungen dieser Art erstrecken können, da es die Befugnisse einer vollen Instanz für den Zweck der Erhebung des Thatbestandes besitzt[1]) und das sächsische Gesetz im Gegensatz zum österreichischen keinerlei Bestimmung enthält, welche als Verbot der Nachprüfung von Urteilen arbiträrer Natur ausgelegt werden könnte[2]). Die Anforderungen, welche die Rechtsprechung in solchen Ermessenssachen an den Takt des Oberverwaltungsgerichts stellen wird, sind keine größeren, als welche es überhaupt wird erfüllen müssen, wenn es als bloßer Revisionshof auf Rechtsberufungen beschränkt geblieben wäre. Denn auch die bloße Auslegung von Verwaltungsrechtsnormen fordert wegen der schweren Folgen eines Mißgriffs für die öffentlichen Interessen eine Vorsicht und Umsicht, die nicht geringer ist,

---

[1]) §§ 81 Abs. 2, 51, 78 Abs. 2 vergl. mit 68 Abs. 4, 82 Abs. 1; dann Motive S. 56, woselbst der Begriff der (auch im Anfechtungsverfahren statthaften) Nova auf Thatsachen erstreckt wird, die nach dem Urteile der Vorinstanz (also auch der angegriffenen Verwaltungsbehörden) entstanden sind, weil es sich eben nicht um Parteiinteressen allein, sondern auch um öffentliche Interessen handelt, welche diese Ausdehnung fordern; ferner S. 57 f. Abs. 1, 3 der Bemerkung zu den §§ 73—84, S. 68 oben. Übrigens ist selbst der österr. Verwaltungsgerichtshof, wenigstens vom Standpunkte seiner Praxis, kein bloßer Revisionshof. Nach dieser Praxis begründet schon der genügend deutliche Ausdruck der Beschwerdeabsicht die Pflicht des V. G.-H., einen seiner Zuständigkeit unterliegenden Verwaltungsakt sowohl, was seine materielle Rechtmäßigkeit, als auch was die prozessuale Rechtmäßigkeit seines Zustandekommens betrifft, nach allen Richtungen zu prüfen.

[2]) Es ist dies § 3 lit e des österr. Gesetzes vom 22. Oktober 1875 R. G. B. für 1876 Nr. 36 betreffend die Errichtung eines Verwaltungsgerichtshofes: „Von der Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtshofes sind ausgeschlossen: . . . . Angelegenheiten, in denen und insoweit die Behörden nach freiem Ermessen vorzugehen berechtigt sind." Freilich wird die sächsische Gesetzgebung künftig in der Hand haben, der Nachprüfung unzugängliche Ermessenssachen der zweiten Art zu schaffen, indem sie gemäß § 75 Z. 1 die Entscheidung der Verwaltungsbehörden über das Dasein thatsächlicher Voraussetzungen für bestimmte Verfügungen gegen den Einzelnen oder diese Verfügungen selbst für endgültig erklärt. Hierzu Tezner, Freies Ermessen, S. 60, 122.

als welche zu einer verläßlichen Feststellung verwaltungsrechtlich bedeutsamer Thatsachen gehört.

Der österreichische Verwaltungsgerichtshof rückt Urteilen der Behörden arbiträren Inhalts von zwei Seiten an den Leib: Einmal erachtet er sich zwar gebunden an die Feststellungen der letzten Instanz, sofern es sich um Thatsachen handelt, die im Wege eines nur mittelbaren Verfahrens verläßlich nicht festgestellt werden können, nicht aber an die daraus abgeleiteten Folgerungen, welche die Verbindung zwischen diesen Thatsachen und dem Urteil über die Erfüllung des gesetzlichen Thatbestandes herstellen. So hält er sich z. B. daran, wenn die letzte Instanz feststellt, der kürzeste Weg für die Feuerwehr zu einem bestimmten Gebäude eines Ortes führe durch das Gehöfte des Beschwerdeführers. Allein dieser Thatsache stellt er die andere, aktenmäßig bezeugte, von der Behörde aber nicht beachtete entgegen, daß allen anderen Häusern des Ortes die Feuerhilfe auf anderen Wegen in der kürzesten Zeit geleistet werden könne, und daß auch für das eine Haus der Zugang durch das Gehöfte nur bequemer sei, als der sonst noch mögliche. Damit sei aber die Voraussetzung für die Anerkennung der „Durchfahrt" als Bestandteils eines wahrhaften Gemeindewegs im Sinne des Gesetzes und für die Verfügung ihrer dauernden Offenhaltung nicht erfüllt[1]). Oder der Verwaltungsgerichtshof erklärt die von der letzten Instanz als feststehend angenommenen Thatsachen für ungeeignet, einen sicheren Schluß auf das Sein oder Nichtsein des gesetzlichen, durch Ermessensbegriffe gekennzeichneten Thatbestandes zu gestatten, und vernichtet den angefochtenen Akt wegen Unvollständigkeit der ihm zugrunde gelegten Erhebungen. Auf

---

[1]) Budwinski, Sammlung der Erkenntnisse des k. k. Verwaltungsgerichtshofes, 5. Bd. Nr. 1030.

der anderen Seite entfaltet der österr. V. G. H. eine eingehende revisionelle Thätigkeit an den sogenannten Ermessensbegriffen selbst. Er stellt z. B. in dem angeführten Falle den Rechtssatz auf, daß ein für die Gemeinde notwendiger Weg im Sinne des Gesetzes nicht schon derjenige sei, durch dessen Benutzung die von der Gemeinde zu leistende Feuerhilfe für ein einziges (!) Haus im Vergleiche mit anderen hierfür geeigneten Wegen nur bequemer gemacht wird. Oder er hält sich zwar an die thatsächliche Feststellung, daß der Beschwerdeführer in dem Gebiete jener Gemeinde, von welcher er deshalb ausgewiesen wurde, im Konkubinate gelebt habe, allein er findet damit den vom Gesetze für die Ausweisungsbefugnis geforderten Thatbestand der Bescholtenheit der Auszuweisenden nicht erfüllt, da derselbe das Lautwerden allgemeinen entehrenden Tadels in weiteren Kreisen oder öffentliches Ärgernis voraussetze, welches in dem zu entscheidenden Fall durch den Beschwerdeführer nicht erregt worden sei[1]). Geradezu mustergültig ist aber die revisionelle Thätigkeit, welche das preußische Oberverwaltungsgericht, wie die Motive des sächsischen Gesetzes rühmend hervorheben, ohne Nachteil für die preußische Verwaltung[2]) den dehnbaren Begriffen des Polizeirechts hat zu teil werden lassen[3]). Diesem Vorbilde wird auch das sächsische Oberverwaltungsgericht nachzueifern haben, wenn ihm beispielsweise zu prüfen obliegt, ob der Einspruch der Behörde gegen die Eintragung eines Vereins ins Vereinsregister, welcher auf dessen politischen, socialpolitischen, religiösen Charakter

---

[1]) Budwinski 3. Bd. Nr. 590.

[2]) Motive S. 37.

[3]) Hierzu Tezner, Das freie Ermessen u. s. w. S. 70 ff., S. 121 f., und in Grünhuts Zeitschrift 19. Bd. S. 378, woselbst zum erstenmal auf die seither allgemein anerkannte Bedeutung dieser Thätigkeit für das Ermessensproblem aufmerksam gemacht wird.

gestützt wird[1]), ob die behördliche, wegen Gefährdung des Gemeinwohl sverfügte Auflösung einer, gesetzwidrigen Vorgehens bezichtigten Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft oder einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung[2]) gesetzlich begründet sei[3])?

IV.

In einem überaus wichtigen Punkte hat sich das sächsische Gesetz zweifellos, unter dem Einflusse Otto Mayers, an die Spitze aller deutschen Gesetzgebungen gestellt, indem es nämlich die bindende Kraft des der Parteienanfechtung nicht

---

[1]) § 73 Z. 4 des Ges., § 61 V. Gb.

[2]) § 74 des Ges., § 79 des R. G. vom 1. Mai 1889 R. G. B. S. 55, § 62 des R. G. v. 20. April 1892 R. G. B. S. 477. Eine gründliche Prüfung der Litteratur zu diesem Punkt lehrt, daß die S. 26 A. 2 angeführten Untersuchungen die durch die doppelte Verwendung des Ermessensbegriffs in Litteratur und Praxis angestiftete Verwirrung beseitigt, und was noch mehr ist, die praktische Möglichkeit der Kontrole des arbitriums der Verwaltungsbehörden von der thatsächlichen und rechtlichen Seite her nachgewiesen haben, daß endlich die Ausführungen Otto Mayers selbst zu diesem Punkt, soweit sie, wie a. a. O. S. 192, 195, überhaupt klar sind, auf diesen Untersuchungen fußen; es muß deshalb Otto Mayers Urteil a. a. O. S. 165 A. 19, als eines jener in ebenso flüchtiger als souveräner Weise abgegebenen Urteile über fremde Leistungen bezeichnet werden, welche in der Litteratur des öffentlichen Rechts häufiger anzutreffen sind als anderswo, und an welchen auch das treffliche Werk Mayers nicht arm ist.

[3]) Erwägt man, wie weit durch ausdrückliche gesetzliche Bestimmung (vgl. z. B. hier A. 1, 2) die Erkenntnisthätigkeit des Oberverwaltungsgerichts auf dem Gebiete der vagen Kategorieen des öffentlichen Interesse ausgedehnt worden ist, so wirkt die Ausschließung des Vereinsrechts von dem verwaltungsgerichtlichen Schutz durch § 75 des Ges., noch mehr aber ihre Begründung S. 66 der Motive befremdend. Vgl. übrigens zu diesem Gegenstand Hatschek, Auflösungen eingetragener und konzessionierter Vereine in der Deutschen Juristen-Zeitung Nr. 23 Jhgg. V. In Österreich ist der materielle Inhalt des Vereinsrechts und sein Schutz durch das Reichsgericht (vgl. die Ausgabe des österr. Vereins- und Versammlungsrechts bei Manz) sehr kärglich. Und doch möchte man selbst diesen Schutz heute nicht mehr missen. Sein Umfang wird neuestens in eingehender Weise gewürdigt, von Madeyski, Studien zur Rechtsprechung des Reichsgerichts (Das Ermessen der Verwaltungsbehörden) S. 7ff., 15ff., 23ff., 28ff.

mehr ausgesetzten verwaltungsgerichtlichen Urteils in so bestimmter und bedingungsloser Weise aufgestellt hat, wie kein ähnliches Gesetz zuvor. Nach dem Zustandekommen eines solchen Urteils soll, soweit sein rechtsfeststellender oder verfügender Inhalt reicht, gegen den Willen der Parteien nichts verfügt werden dürfen, was davon abweicht[1]).

Was die Motive zu dieser Festsetzung anführen, reicht zu ihrer Rechtfertigung keinesfalls aus. Sie ergehen sich[2]) wesentlich in der Erörterung der bindenden Kraft des materiellen Inhalts eines formell rechtskräftigen Urteils für die Parteien, also der materiellen Rechtskraft eines solchen Urteils, welche von keiner Seite bestritten wird. Dagegen lassen die Motive eine reifliche Erwägung über die wichtige Frage vermissen, inwiefern es die Rechtsidee fordere, daß auch der Staat an den Inhalt eines formell rechtskräftigen verwaltungsgerichtlichen Urteils schlechthin gebunden sei und ob sich die Erfüllung dieser Forderung bedingungslos verwirklichen lasse? Diese letztere Frage wird nahe gelegt durch die weitgehende Zuständigkeit, welche das neue Gesetz den Verwaltungsgrrichten auf dem Gebiete der Sicherheits- oder der Gefahrenpolizei eröffnet und durch die Möglichkeit, daß sich ein dieses Gebiet betreffendes rechtskräftiges verwaltungsgerichtliches Urteil im Laufe der Zeit als ein schwerer, das öffentliche Interesse rechtswidrig verletzender Mißgriff herausstellt und daß seine fernere Aufrechterhaltung sich zu einer allgemeinen erkennbaren Gemeingefahr gestaltet[3]). Schon theoretisch ist

---

[1]) §§ 61, 81 Abs. 2. — [2]) S. 53.

[3]) Oder sollte man über eine solche Möglichkeit ebenso denken, wie Solon über die Möglichkeit des Vatermordes? Sowohl die Unhaltbarkeit einer Gesetzesauslegung wie die Unrichtigkeit einer Feststellung thatsächlichen Inhalts kann gerade erst durch die Vollziehung des falschen Urteils oder auch nachher offenkundig werden und zu schreienden Übelständen führen. Nach dem Zeugnisse

es verfehlt, das aus der Rechtsstellung von privaten Prozeßparteien herausgewachsene Rechtsinstitut der materiellen Rechtskraft auf den die Lebensinteressen der Gesamtheit erfüllenden Staat zu übertragen. Die Motive selbst haben die Größe der zwischen dem verwaltenden Staate und einer prozessierenden Privatpartei bestehenden Kluft richtig erkannt. Sie bestimmen den Unterschied zwischen dem Civilprozeß und dem Verwaltungsstreitverfahren dahin, daß dort Privatparteien mit gleichberechtigten Privatinteressen, hier aber der Staat den Unterthanen auf jenem Gebiete der Rechtsordnung gegenüberstehe, welches er zur Wahrung seiner Lebensinteressen mit seinen Machtmitteln zu behaupten gezwungen sei[1]). Dieser Zwang ist aber gegenüber einem völlig verfahrenen, verwaltungsgerichtlichen Urteil kein geringerer als gegenüber einem solchen Urteil einer Verwaltungsbehörde[2]). Es ist auch ein nicht zu rechtfertigender Wider-

---

des ehemaligen Verwaltungsgerichtsdirektors Parey im 1. Bd. seines Handbuchs des preußischen Verwaltungsrechts S. 231, wären solche Fälle in Preußen vorgekommen. Das sächsische Gesetz schneidet nun jeden Weg zur Abhilfe, wenn er durch den Inhalt des Urteils ausgeschlossen ist, und wenn nicht sämtliche Parteien nachsichtsvoll denselben zu betreten gestatten, schlechthin ab. Es macht keinen Unterschied zwischen jenen Parteien, zu deren Gunsten das Urteil, und jenen, gegen welche dasselbe ausgefallen ist und die nunmehr ein Interesse an der Aufrechterhaltung des anfänglich von ihnen Bekämpften gewonnen haben können. Es macht keinen Unterschied zwischen Berechtigten und Interessenten. Auch letztere erwerben ein Recht am Urteil gegen den Staat.

[1]) S. 44.

[2]) Die Motive stehen hier, wie die Bemerkung S. 53 Abs. 2 beweist, unter dem Einflusse der in der Litteratur vorherrschenden falschen Meinung, es bestehe im Punkte der materiellen Rechtskraft ein tiefer Unterschied zwischen Verwaltungsakten, welche materielle Rechtsverhältnisse feststellen oder begründen und verwaltungsgerichtlichen Urteilen. Formell rechtskräftigen Verwaltungsakten solcher Art (§ 75 Z. 1) kommt aber materielle Rechtskraft gegenüber den Parteien ganz ebenso zu, wie verwaltungsgerichtlichen Urteilen. Welchen anderen Zweck sollte die Begrenzung des administrativen Instanzenzuges dienen? Oder sollte es wirklich einer Partei, welcher eine Steuer im Verwaltungsverfahren

spruch, wenn das Gesetz im § 25 den Grundsatz ausspricht, daß im Verwaltungsstreitverfahren eine reformatio in pejus zum Nachteil der dasselbe anregenden Partei im öffentlichen Interesse statthaft sei, daß also Niemand auf die Sicherheit einer ihn auf Kosten des öffentlichen Interesses gesetzwidrig begünstigenden Rechtslage vertrauen könne, und wenn es diesem Grundsatz gegenüber dem rechtskräftigen verwaltungsgerichtlichen Urteil wieder preisgiebt. Die Motive haben ferner richtig herausgefunden, daß die Stellung des Staates als Partei im verwaltungsrechtlichen Prozesse nur die prozeßtechnische Bedeutung eines Mittels unbefangener Rechtsforschung besitzen könne[1]) und Bedenken getragen, im Anfechtungsverfahren der Behörde auch nur für diesen bloß technischen Zweck der Gewinnung einer Gegenpartei des Anfechtungsklägers Parteienrolle zuzuweisen[2]); gerade aber, was die Wirkung des der Parteienanfechtung entzogenen verwaltungsgerichtlichen Urteils betrifft, behandeln sie den Staat, der auch in dem verwaltungsgerichtlichen Urteil nach dem Zeugnisse der Motive die Erkenntnis der rechtmäßigen Art der Befriedigung unabweisbarer Interessen der Gesamtheit zu gewinnen sucht, auch wenn er fehlgreift, wie eine in einem Civil- oder Strafprozesse mit Unrecht endgültig unterlegene Privatpartei! Man

---

rechtskräftig auferlegt wurde, offen stehen, die Frage nach ihrer Rechtmäßigkeit in der Form einer öffentlich-rechtlichen condictio indebiti neuerlich im Verwaltungsverfahren zum Austrag zu bringen? Andererseits knüpft sich das öffentliche Interesse der Förderung der Rechtssicherheit der Parteien an formell rechtskräftige Verwaltungsakte in noch höherem Grade, als an verwaltungsgerichtliche Urteile, weil sie unverhältnismäßig häufiger sind als diese. Wenn endlich die Motive S. 66 zu § 77 Einrichtungen für nötig erachten, die Entstehung eines dem öffentlichen Recht widerstreitenden Zustandes zu verhüten, so besteht dieses Bedürfnis auch dann, wenn die Gefahr eines solchen Widerspruchs durch ein verwaltungsgerichtliches Erkenntnis hervorgerufen wird.

[1]) S. 44. — [2]) S. 37.

hat als durchschlagenden Grund für die Bindung des Staates an verwaltungsgerichtliche Erkenntnisse das Bedürfnis nach Rechtssicherheit bezeichnet[1]). Man hätte sich aber fragen sollen, ob nicht das gleiche Bedürfnis sich an Rechtszustände knüpfe, welche durch einen formell rechtskräftigen Verwaltungsakt, sei es mit oder ohne technisch ausgebildetes Verfahren, oder welche durch Gesetze geschaffen werden, und welche Gründe dafür bestehen, daß der Staat auf diesen beiden Gebieten seiner Thätigkeit dem Bedürfnisse nach Rechtssicherheit nicht so vorbehaltlos entgegenkommt, als die Theorie es gerade für die Akte der Verwaltungsrechtspflege nötig erachtet? Dann hätte man gefunden, daß es sich auch bei der Frage der Unabänderlichkeit der durch einen formell rechtskräftigen Akt der Verwaltungsrechtspflege geschaffenen Rechtslage ganz wie bei Gesetzgebung und Verwaltung um das allgemeine Problem der politischen Grenzen für die Unabänderlichkeit staatlicher Akte handelt und daß auch hier diese Grenzen durch die unabweisbaren Lebensbedürfnisse des Staates gebildet werden. In der

---

[1]) Bernatzik a. a. O. S. 118. Otto Mayer a. a. O. S. 163, 174 leitet die Rechtskraft des in den Formen der Verwaltungsrechtspflege erzeugten Urteils aus der in diesen Formen sich äußernden Nachbildung der Civilrechtspflege ab. Allein eingehende Betrachtung lehrt, daß diese Nachbildung, soweit sie sich in einzelnen Gesetzen ausdrückt, eine rein äußerliche ist und in den entscheidenden Punkten preisgegeben wird, daß ferner gerade in dem hier entscheidenden Punkte es an der Gleichheit des Verhältnisses des Staates gegenüber den im Civilrechtsstreit und den in den Formen der Verwaltungsrechtspflege zu erfüllenden Interessen fehlt. Vgl. hier S. 33 Anm. 1, 2. — Otto Mayer I, S. 172, 177 ff. schätzt alle Rechtspflegegarantieen für den Begriff der Verwaltungsrechtspflege gering, wenn der abschließende Akt den Staat nicht bindet, und jedes noch so kümmerlich gestaltete Verfahren, welches diesen Erfolg hat, ist ihm Verwaltungsrechtspflege. Das entspricht der Geschichte der Reform der Verwaltungsrechtspflege nicht. Die Unrichtigkeit der Mayerschen Behauptung von der Unbestrittenheit solcher Rechtskraft des wahren Verwaltungsrechtspflegeaktes I, S. 174 A. 26 wird auch in den Motiven des sächsischen Gesetzes S. 53 Abs. 2 festgestellt.

That gelangt jener Schriftsteller, welcher die Forderung nach der absolut bindenden Kraft formell rechtskräftiger Entscheidungen und zwar nicht nur der Entscheidungen der Verwaltungsgerichte, sondern auch jener der Verwaltungsbehörden, am gründlichsten, scharfsinnigsten und gegenüber der inkonsequenten Beschränkung der Bindung auf verwaltungsgerichtliche Akte am folgerichtigsten vertreten hat, im praktischen Erfolge zur Preisgebung jener Rechtssicherheit de lege lata, die er von demselben Standpunkte so eifrig vertritt. In seiner auch in den Motiven des sächsischen Gesetzes[1]) hervorgehobenen Monographie, Rechtsprechung und materielle Rechtskraft, schließt Bernatzik mit dem Satze ab, es stehe dem Staate gegenüber gemeingefährlichen Zuständen, welche durch solche Entscheidungen herbeigeführt werden, das Staatsnotrecht zu, also ein Recht, das Bernatzik selbst einer gesetzlichen Begrenzung schwer zugänglich erklärt[2]). Der Zwang der Thatsachen wird nun auch in Sachsen die Praxis dazu nötigen, Wasser in den Wein zu gießen und die absolute, unnachsichtige Bindung des Staates an erkennbar falsche, gefährliche Wirkungen äußernde verwaltungsgerichtliche Erkenntnisse oder die Majestät eines den Verwaltungsgerichten unterlaufenen Unsinns zu umgehen[3]). Hat

[1]) S. 45. — [2]) A. a. O. S. 325 A. 49.

[3]) Das Gesetz hat sich hier durch eine den realen Verhältnissen fernstehende Theorie stark hineinreiten lassen. Übrigens ermöglicht es § 84 Abs. 1 des Ges. den Verwaltungsbehörden, sich gegen die Wiederkehr einer offenbar verfehlten Entscheidung des O. V. G. dadurch zu schützen, daß sie denselben in ähnlichen Fällen vor geschehene Thatsachen stellen. Es scheint eben dem Gesetzgeber selbst vor den Konsequenzen des § 61 bange geworden zu sein: S. 69 der Motive in der Bemerkung zu § 91 Abs. 3 wird mit der Möglichkeit eines Widerspruchs des Verhaltens der Verwaltung mit dem Inhalt eines verwaltungsgerichtlichen Erkenntnisses gerechnet, ohne daß eines geeigneten Mittels zur Beseitigung derselben gedacht wird. In § 75 Z. 6 des Gesetzes werden provisorische Verfügungen, die in der Polizeiverwaltung eine große Rolle spielen und in Privatinteressen tief einschneiden können, von der Anfechtungsklage ausgenommen.

doch schon vor dem neuen Gesetze die Praxis nach dem Zeugnisse der Motive[1]) dem Gesetze zuwider die Nichtigkeitsbeschwerde gegen gesetzlich für **endgültig** erklärte Verwaltungsakte zugelassen auf Grundlage der Behauptung, daß dieselben dem **klaren und unzweideutigen Inhalt des Gesetzes widerstreiten.**

Gerade diese Erfahrung hätte aber die Gesetzgebung gegenüber dem Zauber theoretischer Konstruktionskünste widerstandsfähiger machen und sie zur Regelung des Falles veranlassen sollen, daß dringende Rücksichten des öffentlichen Interesses das Abgehen von dem Inhalte eines formell rechtskräftigen verwaltungsbehördlichen oder verwaltungsgerichtlichen Aktes bei Fortdauer des ihm zugrunde liegenden Thatbestandes fordern[2]).

S. 54 Abs. 3 verleiten die Motive die Baubehörden geradezu, sich Gründe der Versagung einer Baugenehmigung in Reserve zu stellen für den Fall, als die von ihnen den Parteien bekannt gegebenen vom Oberverwaltungsgericht als rechtswidrig erkannt würden, ein Vorgehen, welches sich in keiner Weise mit den Bestimmungen des § 85 Abs. 1 u. 2 des Ges. und des § 582 der Reichscivilprozeßordnung verträgt. Da nun die Gesetzgebung selbst starke Zweifel an der Rationabilität des § 61 gehegt hat, so hätte es sich empfohlen, die Frage der Notwendigkeit des Abgehens von rechskräftigen Akten sowohl der Verwaltungsbehörden wie der Verwaltungsgerichte offen ins Auge zu fassen und den Schutz gegen eine hierbei mögliche Willkür durch angemessene Regelung der Entschädigungsfrage zu schaffen. Vgl. hierzu Tezner, Verwaltungsarchiv 9. Bd. S. 207 ff. Wie die Sache jetzt steht, wird auch das O. V. G., wenn es sich um die Wahrung seiner eigenen moralischen Verantwortlichkeit gegenüber einem ihm unterlaufenen schweren Fehler handelt, die **nova causa superveniens** viel weiter fassen, als es im Civilprozeß statthaft ist. Es wird also in solchen Fällen nur der Schein gewahrt werden.

[1]) S. 37.

[2]) Ein wichtiges Moment entbehrt der Erörterung in den Motiven. Eine und dieselbe Angelegenheit kann von verschiedenen Seiten in verschiedene Ressorts einschlagen. Soll nun das unter Teilnahme des Vertreters des einen Ressorts zustande gekommene verwaltungsgerichtliche Urteil auch alle nicht vertretenen Ressorts binden? Man denke z. B. daran, daß es sich um die in das Gebiet der inneren Verwaltung gehörige Frage handelt, ob ein Verein als humanitärer Verein einer bestimmten Kategorie zu qualifizieren sei? Soll nun das von dem

Diese Regelung hätte das zur Feststellung eines solches Falles dienende Verfahren und die Entschädigungsansprüche erfassen müssen, welche sich an die Änderung des durch ein solches Erkenntnis geschaffenen Zustandes knüpfen. Es hätte sich hierbei gezeigt, daß in der Bestimmung des Umfanges und des Grundsatzes der staatlichen Entschädigungspflicht Vertreter wie Gegner der Bindung des Staats an formell rechtskräftige, verwaltungsbehördliche und verwaltungsgerichtliche Erkenntnisse zusammentreffen[1]), und es wären so die der staatlichen Autorität abträglichen Schleichwege der Praxis zur Umgehung einer praktisch unmöglichen Gesetzesbestimmung hintangehalten worden.

V.

Naheliegend und wichtig zugleich ist die Untersuchung der Frage nach der Rückwirkung des neuen sächsischen Verwaltungsstreitverfahrens auf das Verwaltungsverfahren. Praktische Bedeutung kommt ihr nur für das im Gesetze umschriebene Gebiet der Anfechtungsklage zu. Denn die Parteistreitigkeiten des § 21 sollen überhaupt nicht mehr im Verwaltungsverfahren abgethan werden und die außerdem noch möglichen Verwaltungs-

---

Verein erwirkte günstige verwaltungsgerichtliche Urteil auch die Finanzverwaltung binden, wenn die solche Vereine begünstigende Steuerbehandlung in Anspruch genommen wird, ungeachtet die Finanzverwaltung bisher nicht in der Lage war, ihre Anschauung über den Begriff der begünstigten Kategorie, über dessen Anwendbarkeit auf den konkreten Verein vom Standpunkte der ihr anvertrauten fiskalischen Interessen vor dem Verwaltungsrichter zu vertreten, oder ist sie nicht eadem persona mit der Verwaltung des Innern? Unabweisbare Fragen dieser Art zeigen, wie mißlich die Übertragung des Rechtsinstituts der materiellen für die Parteien bestehenden Rechtskraft auf den Staat ist, und wie viel zu erwägen ist, ehe man sich zu derselben entschließen darf.

[1]) Bernatzik a. a. O. und Tezner, Handbuch des österr. Administrativverfahrens S. 337, welche übereinstimmend einem unterlaufenden Verschulden der von der Preisgebung eines rechtskräftigen Akts betroffenen Partei Einfluß auf die Bestimmung des Ersatzanspruchs einräumen.

streitsachen sind, soweit sie nicht für die Anfechtungsklage geeignet erscheinen, dem Einfluße des Verwaltungsstreitverfahrens entrückt. Den wirksamsten Empfehlungsgrund für die Gestaltung der Verwaltungsrechtspflege als Nachprüfung von Verwaltungsakten, die im Instanzenzuge der Verwaltung ausgetragen sind, bildet die Erwägung, daß bei einer solchen Gestaltung keine Änderung der bestehenden Organisation der Verwaltung und des für dieselbe bestehenden Prozeßrechts erforderlich erscheint[1]).

[1]) Dies ist der wichtigste Grund dafür gewesen, daß die österr. Gesetzgebung die reformierte Verwaltungsrechtspflege ausschließlich als Nachprüfung gestaltet hat (österreichisches System). Irrtümlich ist die in den Motiven des ersten Entwurfs zum sächsischen Gesetze über die Verwaltungsrechtspflege (Berichte der I. Kammer 1898, I. Bd. Nr. 115 S. 29) gebotene Erklärung dieser Eigentümlichkeit mit dem Mangel eines einheitlichen österr. Verwaltungsrechts. Denn auch die unter Mitwirkung der Landtage geschaffenen österr. Landesgesetze sind Gesetze des Einheitsstaates, nicht Gesetze der Kronländer als Staaten und ihre Handhabung durch die Verwaltungsbehörden unterliegt der Kontrole des österr. Verwaltungsgerichtshofes ganz so wie jene der Reichsgesetze. Der wirkliche politische Grund für das österr. System, welche eine decentralisierte Verwaltungsrechtspflege nicht kennt, lag darin, daß eine solche, soweit die Verwaltungsthätigkeit der Gemeindebehörden und der Landesausschüsse in Betracht kommt, nur unter Mitwirkung der sämtlichen Landtage hätte zu stande kommen können und das Reformwerk verzögert hätte, und daß man, soweit die staatliche Verwaltung in Betracht kommt, von einer Decentralisation der Verwaltungsrechtspflege eine Föderalisierung der Verwaltung besorgt hat, welche für Österreich etwas ganz anderes bedeutet als für einen national geeinten Staat. Deshalb hat man sich bis heute nicht entschlossen, auch nur die staatliche Zentralverwaltung durch grundsätzliche Einschränkung des Instanzenzuges auf die Landesstellen zu entlasten, wie dies in erfolgreicher Weise für Sachsen durch das Gesetz vom 21. April 1873 geschehen ist, und wie es von politischen Rücksichten abgesehen sowohl im Interesse der Verwaltung wie der Bevölkerung gelegen wäre. Daß die föderalistischen österr. Polen sich mit der Argumentation der österr. Regierung abfanden, derzufolge die Zuständigkeit des V. G. H. im Falle seiner Gestaltung als Kassationshof auch ohne Änderung der Landesordnungen auf die Landesausschüsse erstreckt werden könne, gehört zu den Eigentümlichkeiten parlamentarischer staatsrechtlicher Logik. Einer Richtigstellung bedürftig ist auch die Behauptung der Motive a. a. O., als sei das österr. System allseitig abgelehnt worden. Es gilt subsidiär für das ganze Gebiet der Verwaltung in Württemberg, für den größten Teil der inneren Verwaltung und

Auf solche Weise wird staatliche Arbeit, werden Kosten derselben erspart. Denn von der unübersehbaren Zahl von Verwaltungsakten, welche der gerichtlichen Nachprüfung auf Parteienantrag unterworfen werden könnten, gelangt nur ein verschwindender Teil vor die zur Prüfung zuständige Behörde, sei es, weil die Parteien keinen Anlaß zur Beschwerde finden, sei es, weil ihr Interesse an der Beseitigung der nach ihrer Meinung ihnen zugefügten Rechtsverletzung ein geringes ist. Der Nachprüfungsprozeß bildet so ein Seitenstück zu jenen Formen des Civil- und Strafprozesses, welche erst dann einzutreten haben, wenn die Parteien gegen die sonst noch zulässige Form der Erledigung einer bestimmten Prozeßsache Einspruch erheben.

Indes hat sich allenthalben auch dort, wo die Verwaltungsrechtspflege in der Form der gerichtlichen Nachprüfung von Ergebnissen des endgiltig abgeschlossenen Verwaltungsverfahrens geübt wird, zwar keine Änderung der Prozeßnormen für die Verwaltung wohl aber unter dem Einflusse der Nachprüfung eine Entwicklung derselben in der Richtung der wahren Rechtspflege vollzogen. Man hat nämlich auch hier aus der Thatsache, daß die Gesetzgebung zugelassen hat, Verwaltungsakte auf die Übereinstimmung ihrer Gestaltung mit den Forderungen einer wahren Rechtspflege nachzuprüfen, und daß das ungünstige Ergebnis dieser Prüfung die Vernichtung des überprüften Verwaltungsakts nach sich zu ziehen hat, den Schluß gezogen, daß auch die Verwaltungsbehörden wenigstens den elementaren Forderungen oder Grundsätzen der Rechtspflege unterworfen seien, da andernfalls eine gerichtliche Korrektur in der angegebenen

einen wichtigen Teil der Finanzverwaltung in Sachsen, für das große Gebiet der Polizeiverfügungen und wichtige Teile der Finanzverwaltung in Preußen. Auch werden in Sachsen alle durch künftige Gesetze geschaffenen, unter § 73 Z. 1 fallenden Parteisachen von entgegenstehenden Bestimmungen abgesehen, Anfechtungssachen sein.

Richtung gänzlich unbegründet wäre. Dieser Schluß erfährt eine kräftige Unterstützung durch die in den meisten Reformgesetzen und so auch in dem sächsischen festgesetzte Befugnis und Pflicht des nachprüfenden Verwaltungsgerichts, einen Verwaltungsakt wegen wesentlicher Mängel des ihm zugrunde liegenden Verfahrens zu vernichten[1]). Mittels der Ausübung dieser Befugnis hat der österr. Verwaltungsgerichtshof dem Grundsatze des Parteiengehörs und den daraus fließenden Rechtsinstituten der Parteienöffentlichkeit der Beweismittel, der ausreichenden Verständigung der Parteien, der Motivierungspflicht der Behörden auf dem Gebiete des Verwaltungsverfahrens ein ungleich größeres Geltungsgebiet gesichert, als diese prozessualen Grundsätze vor Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit besessen haben, wenn er auch noch immer nicht das weitergehende praktische Bedürfnis voll befriedigt. Schon die allgemeine, in einzelnen verwaltungsrechtlichen Bestimmungen enthaltene Weisung an die Behörde zu „gründlichen" oder „erschöpfenden Erhebungen" hat in vielen Fällen den Anknüpfungspunkt für die Ausbildung weitgehender Parteienrechte durch den Verwaltungsgerichtshof geboten. Die gleiche Erfahrung wird man auch in Sachsen machen, wenn das Oberverwaltungsgericht sich seiner Aufgabe in ihrer vollen Bedeutung bewußt wird. Dann wird es nicht möglich sein, daß die Verwaltungsbehörden ein gesetzlich geregeltes Verfahren, wie es jenes des O-Gesetzes vom 30. Januar 1835

[1]) § 176. Das sächsische Gesetz spricht von Vernachlässigung wesentlicher Formenschriften, das österr. (§ 6) von Verletzung wesentlicher Formen. Gemeint ist in beiden Fällen Verletzung elementarer Grundsätze der Rechtspflege und der dieselben entwickelnden ausdrücklichen Prozeßvorschriften. Denn sogenannte Formalakte kennt das Verwaltungsverfahren höchst selten. Wenn die Motive S. 66 zu § 76 zu dem bestehenden Rechte auch allgemeine Rechtsgrundsätze rechnen, so gilt dies vom formellen oder vom Prozeßrechte ebenso wie vom materiellen.

gewesen ist, nur wegen der für sie damit verknüpften Unbequemlichkeiten fast ganz außer Kurs setzen[1]). Auf drei wichtige Punkte soll hier aufmerksam gemacht werden:

Die Bestimmung des § 31 des sächsischen Gesetzes über den Anspruch der Parteien auf Gewährung der Einsicht in die Prozeßakten bildet einen unabweisbaren Folgesatz aus dem Grundsatze des Parteiengehörs. Eine Rechtspflege, die sich erklärtermaßen auf Aktenstücke stützt, welche dem von dem Rechtspflegeakte Betroffenen nie mitgeteilt wurden, ist eine dem deutschen Rechtsgefühle widerstrebende Dreyfußjustiz. Das sächsische Oberverwaltungsgericht wird deshalb den Parteien den Anspruch auf Akteneinsicht in dem Umfange des § 31 unter Anwendung des § 76 Z. 2 schon für das Gebiet des Verwaltungsverfahrens zuerkennen, zumal so in vielen Fällen, in welchen das Vorgehen der Behörden ohne Kenntnis der Akten unbegreiflich bleiben muß, die Parteien zur Erkenntnis seiner Rechtmäßigkeit gelangen und von der Erhebung einer Anfechtungsklage abstehen werden. Nur so kann der den Forderungen der Loyalität widersprechende und deshalb das Ansehen der Behörde selbst schädigende Übelstand vermieden werden, daß die Parteien, wie dies leider trotz des Verwaltungsgerichtshofs noch in Österreich der Fall ist, erst aus dem Vortrage des Referenten in der öffentlichen mündlichen Verhandlung des Verwaltungsgerichts, von dem Bestande ihrem Einblicke auch jetzt entzogener Protokolle über Aussagen von Sachverständigen und Zeugen, von dem Bestande anderer Urkunden erfahren, von denen sie bis dahin keine Kenntnis hatten und welche nach den Aufklärungen des Regierungsvertreters die Grundlage für den angefochtenen Verwaltungsakt abgegeben haben.

[1]) S. 34 der Motive.

Das Oberverwaltungsgericht wird ferner nicht zugeben dürfen, daß die Behörde, wie dies die Motive für zulässig erklären, dort, wo sie einen Parteienantrag aus mehrfachen Gründen für unstatthaft halten, nur den einen oder anderen dieser Gründe der Partei eröffnen, um sich die übrigen für neuerliche Abweisungen aufzusparen, wenn der bekannt gegebene von dem Verwaltungsgericht verworfen würde[1]). Das Oberverwaltungsgericht wird vielmehr den Grundsatz von der Pflicht der Behörde zur erschöpfenden Prüfung der Zulässigkeit eines Antrags und zur erschöpfenden Bekanntgabe der Gründe seiner Unstatthaftigkeit[2]) gegenüber den Verwaltungsbehörden zur Geltung bringen müssen. Überhaupt wird die Erziehung der Verwaltungsbehörden zu wahrhaften Motivierungen bedeutungsvoller, die individuelle Rechtssphäre betreffender Akte Gegenstand der Sorge des Oberverwaltungsgerichts zu bilden haben.

Endlich wird dem § 82 des Gesetzes die Bedeutung beizulegen sein, daß das Oberverwaltungsgericht als eine volle

---

[1]) Motive S. 54 Abs. 3. Eine solche stückweise Erledigung des Antrags erinnert an eine in österreichischen Juristenkreisen bekannte Anekdote: Ein Gericht stellt ein schriftliches Gesuch der Partei zunächst zurück, weil es nicht in zweifacher Ausfertigung überreicht sei, nach Erfüllung dieser Forderung, weil noch gewisse Aktenstücke beizulegen seien, nach Vorlage derselben, weil die Gesuchsausfertigungen nicht gehörig gestempelt seien, endlich nach erfolgter Ergänzung der Stempel, weil das Gericht für die Erledigung des Gesuches nicht zuständig sei. Nachahmenswert ist gegenüber einer so gekennzeichneten Praxis § 95 des österr. Grundbuchgesetzes vom 25. Juli 1871: „Wird das (bei dem Grundbuchsgericht angebrachte) Gesuch ganz oder teilweise abgewiesen, so sind in dem Bescheide alle Gründe, welche der Bewilligung entgegenstehen, anzugeben.

[2]) Eine Entscheidung des österr. Reichsgerichts vom 10. April 1886 Nr. 379 der von Hye veranstalteten Sammlung der Erkenntnisse dieses Gerichts erklärt die Vereinsbehörde verpflichtet, binnen der ihr vom Gesetze gestellten Präklusivfrist für die Untersagung einer in Aussicht genommenen und ihr anzuzeigenden Vereinsbildung, den Projektanten des Vereins die Gründe für die Untersagung erschöpfend bekannt zu geben.

Instanz gemäß den §§ 81, 51, 54 im Falle der Berechtigung der Anfechtungsklage grundsätzlich verpflichtet sei, die Entscheidung in der Sache selbst zu treffen, wenn dies aber nicht möglich ist, im dispositiven Teil des Urteils selbst oder in der pronuntiatio klar festzustellen und auszusprechen, was im konkreten Falle nach Lage der Sache der zuständigen Verwaltungsbehörde zu thun oder zu lassen rechtlich obliegt. Es wird also in diesem Teil des Urteils festzustellen sein, daß die Behörde verpflichtet sei, dem Anfechtungskläger die ihm mit Unrecht verweigerte Jagdkarte ordnungsmäßig auszufertigen, die ihm rechtswidrig abgenommene Steuer zu restituieren[1]), diese oder jene rechtswidrig aufgenommene Modalität aus der erteilten Baugenehmigung auszuscheiden[2]). Wird dies nicht geschehen, wird es den Verwaltungsbehörden überlassen bleiben, aus den zuweilen höchst umständlichen Ent-

---

[1]) Dies war die Form der in Sachen der landesfürstlichen Hoheit erfließenden Urteile. Ein Beispiel liefert das Urteil der u. ö. Regierung und Kammer vom 26. März 1698, daß dem kayserl. Handgrafen Ambt nicht gebühret habe, zuwider dem Receß vom 23. Juli 1689 einen Aufschlag von denen jenigen Körnern, welche der klagende Herr Gregorius Abt zu Mölck auf seinen und seines anvertrauten Klosters Herrschafts-Kasten im Mölcker-Hoff verschiedenen Müllern verkaufft, abzufordern und einzunehmen, und demnach beklagtes Handgraffen Ambt solchen indebite eingenommene Traid-Aufschlag widerumb zu restituiren schuldig sei. Hierzu Tezner, Landesfürstliche Verwaltungsrechtspflege S. 21, 113. Hiermit vergleiche man den gegenwärtigen Rechtszustand in Österreich, der zuweilen Parteien, welche die Vernichtung einer rechtswidrigen Steuerauflage durch den Verwaltungsgerichtshof erwirkt haben, nötigt, den Staat erst noch auf Herausgabe des rechtswidrig Abgenommenen mittelst einer publizistischen condictio sine causa oder ex injusta causa beim Reichsgericht zu klagen.

[2]) Da das sächsische Oberverwaltungsgericht auch für die Anfechtungsklage volle Instanz ist und ihm alle für eine solche Gerichtsbarkeit erforderlichen Feststellungsmittel zur Verfügung stehen, so wird es mitunter in Fällen, wo sich durch die Ausscheidung einer rechtswidrigen Modalität einer Baugenehmigung der ganze Inhalt derselben verschieben muß, doch in der Lage sein, mit Hilfe des Vertreters des öffentlichen Interesses und von Experten sofort auch den ganzen geänderten Inhalt der Baugenehmigung festzustellen.

scheidungsgründen die Rechtsanschauung des Oberverwaltungsgerichts über die ihnen nach Lage der Sache obliegende Pflicht herauszuschälen, dann wird es zu jenen teils objektiv gegründeten, teils künstlich erregten Zweifeln und den hiermit verknüpften Verzögerungen der Erfüllung der verwaltungsgerichtlichen Urteile kommen, welche die österreichische verwaltungsgerichtliche Praxis hervorgebracht hat und welche den Wert des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes nicht wenig beeinträchtigen[1]).

VI.

Welche Unterstützung hat nun die neue sächsische Verwaltungsrechtspflege von der Wissenschaft des öffentlichen Rechts zu erwarten? Sicher keine größere als die Verwaltungsgerichtsbarkeit anderer Staaten, sicher keine solche, wie sie die Rechtspflege auf anderen Gebieten von der Theorie erfährt und welche das praktische Bedürfnis auch nur annähernd zu befriedigen vermöchte. Denn wir besitzen zwar allerlei Theorieen des öffentlichen Rechts aber keine wahre Wissenschaft desselben. Eine solche kann wie jede andere Wissenschaft sich nur auf einer, soweit menschliches Vermögen reicht, verläßlichen Induk-

---

[1]) Sicher ist auch der österr. V. G. H. durch die §§ 6 u. 7 des für ihn geltenden Gesetzes nicht gehindert, in seinen Erkenntnissen seine die Verwaltung bindende Rechtsanschauung, formell scharf geschieden von den anderen Teilen derselben, herauszuheben etwa so, daß er sein kassatorisches Urteil unmittelbar an den Ausspruch der Rechtsanschauung anfügt. Das würde sich nach jeder Richtung mehr empfehlen, als das Einflechten derselben in die Entscheidungsgründe. Etwa so: Der V. G. H. hat zu Recht erkannt: „Nach Lage der Akten ist die Gewerbebehörde rechtlich verpflichtet, dem Beschwerdeführer den von ihm verlangten Gewerbeschein auszufertigen. Die angefochtene Abweisung seines Antrags wird als eine ihm zugefügte Rechtsverletzung aufgehoben.“ Denn der österr. V. G. H. darf zwar den Verwaltungsbehörden keine Dienstbefehle erteilen, ist aber berufen, den Inhalt der dem Beschwerdeführer zugefügten Rechtsverletzung und der Restitutionspflicht der Behörde festzustellen.

tionsbasis aufbauen und diese zu gewinnen, übersteigt wegen der unübersehbaren Ausdehnung des Beobachtungsgebietes das Vermögen des Einzelnen. So kann ich mir denn auf Grund einer fast zwanzigjährigen Befassung mit dem Stoff keinen anderen Weg für die Anbahnung einer wahren Wissenschaft des öffentlichen Rechts denken als monographische Untersuchungen auf begrenzbaren Gebieten innerhalb desselben, für welche sich zahlreiche geeignete Hände zwar regen sollten, in Wirklichkeit aber nicht regen[1]). Und dennoch wird man innerhalb und außerhalb Deutschlands diesen Weg gehen müssen, wenn man zum Ziele gelangen will, uneingeschüchtert durch den Spott, mit welchem eine durch solche Akribie genierte allgemeine Lehre des öffentlichen Rechts dieselbe als Mikrologie, pedantische Kleinkrämerei oder als Verzicht auf die Gewinnung allgemeiner Gesichtspunkte ablehnt[2])

---

[1]) Trotz der von Bernatzik a. a. O. S. V an die deutsche Rechtsforschung schon im Jahre 1886 gerichteten Mahnung.

[2]) Jellinek, Das Recht des modernen Staates S. 37. Ich habe bei Grünhut 21. Bd. S. 253 Jellineks System der subj. öffentlichen Rechte in rücksichtsvoller Weise entgegengehalten, daß die von Jellinek gewonnenen allgemeinen Gesichtspunkte mit konkreten Erscheinungen des Rechtslebens, für welche sie Geltung beanspruchen, die sich aber der Betrachtung nicht geradezu aufdrängen, nicht zu vereinbaren seien. In Wahrheit waren es aber durchaus jedem Kenner des positiven Rechts ganz geläufige Dinge, hinsichtlich derer ich zu einem für die allgemeinen Gesichtspunkte Jellineks ungünstigen Ergebnisse gelangt bin. Was ich a. a. O. forderte, war nichts anderes als Herstellung einer möglichst umfassenden und verläßlichen Induktionsbasis für die Gewinnung allgemeiner Gesichtspunkte auch auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts und Beobachtung des hierfür unentbehrlichen Perscrutations- und Kontrolverfahrens, ohne welches von einem wissenschaftlichen Streben nicht gesprochen werden kann. Darin liegt aber kein Verzicht auf die Gewinnung allgemeiner Gesichtspunkte, sondern nur Ablehnung solcher Gesichtspunkte als allgemeiner, welche den realen Erscheinungen, für die sie gelten sollen, aufgezwungen werden. Wenn man mit Jellinek S. 37 A. 1 alles, was sich gegen derartige Gesichtspunkte sträubt, als Schaubuden- oder Jahrmarkts-Abnormität bei Seite stellt, dann steht zu besorgen, daß sich nach und nach das ganze

Da nun aber wenigstens vorläufig die deutsche Forschung sich von solchen Einzeluntersuchungen wegen der großen materiellen Schwierigkeiten, auf welche sie stoßen und wegen des beschränkten Interesses, welches ihnen im Vergleiche mit allgemeinen Betrachtungen über den Staat entgegengebracht wird, im Großen und Ganzen noch fernhält, so ist es als ein Glück gerade für die Entwicklung des Verwaltungsrechts, als des wissenschaftlich am meisten vernachlässigten Teils des öffentlichen Rechts, zu betrachten, daß die meisten deutschen Staaten in ihren centralen Verwaltungsgerichtshöfen mit ihrer überwiegend trefflichen Besetzung eine große Summe geistiger Kraft für die gründliche Erforschung des Verwaltungsrechts rechtlich gebunden haben. Und so müssen wir augenblicklich als die vornehmsten Organe unverdrossener und mit hingebungsvoller Selbstverleugnung vorgenommener Ergründung der einzelnen Rechtsinstitute des Verwaltungsrechts diese Verwaltungsgerichte bezeichnen. Darum birgt auch ihre Rechtsprechung einen reichen Schatz wertvoller Rechtssätze, welchen die Doktrin noch lange nicht gehoben hat und, mit welchen verglichen, ihre Ergebnisse, möchten sie in noch so glänzender litterarischer Form zusammengefaßt sein, immer noch dürftig erscheinen. Dann aber ist die Entfernung der Theorie von den Gegenständen

---

öffentliche Recht in eine einzige große Schaubude verwandeln werde. Übrigens befinde ich mich gegenüber dem Vorwurfe pedantischer Kleinkrämerei in einer auch von Jellinek als gut anerkannten Gesellschaft. Bernatzik a. a. O. S. V bemerkt in *ungleich schärferem* Gegensatz zu der Genügsamkeit Jellineks in seinen Ansprüchen an allgemeine Gesichtspunkte: „Denn wo soll sich die Praxis Rat erholen . . . als in Monographien, welche die durch Generalisierung gefundenen Rechtssätze bis in das *feinste* Geäder des Rechtslebens zu verfolgen und *überraschende* Anwendungen auf *entlegenen* Gebieten nachzuweisen . . haben?“ Und S. IV fordert er *vorsichtiges* Generalisieren der zu den Lehrsätzen hinführenden Erscheinungen. Meine Kritik a. a. O. erstreckte sich auf jene Fälle, in welchen Jellinek nach meinem Erachten dieser Forderung nicht entsprochen hat.

ihrer Betrachtung auf keinem Rechtsgebiete so groß wie auf jenem des Verwaltungsrechts. Auf keinem anderen Gebiete wie auf diesem ist der oft gehörte Vorwurf so begründet, daß der Theoretiker kein oder kein volles Verständnis von den Dingen besitze, über die er spricht oder schreibt. Daraus erklären sich zwei entgegengesetzte, nirgend in so auffallender Weise auftretenden Erscheinungen. Der Theoretiker des Verwaltungsrechts schießt nicht selten über die Grenzen des Möglichen weit hinaus im Gegensatz zum verwaltnugsgerichtlichen Praktiker, dem die größere Unmittelbarkeit und Plastizität seiner Beziehungen zu den von ihm zu beurteilenden Dingen zu statten kommt, und der sich andererseits vermöge der ihm obliegenden amtspflichtmäßigen Verantwortung den Luxus der Freilassung seiner Phantasie und der Entfaltung einer über alle Schranken hinwegsetzenden Konstruktionskunst nicht gönnen darf. Auf der anderen Seite besitzt die verwaltungsrechtliche Theorie die Neigung, Rechtsbildungen von Fleisch und Blut, welche das Rechtsleben dem Praktiker so, wie sie leiben und leben, entgegenstellt, als Phantome zu leugnen oder sie mit praktisch wertlosen scholastischen Formeln zu umschreiben, wenn sie derselben nicht Herr werden kann.

So hat die Theorie mit der absoluten Bindung des Staates an alle formell rechtskräftigen verwaltungsgerichtlichen Erkenntnisse etwas staatlich Unmögliches gefordert, andererseits ist sie mit der absoluten Ausschaltung der rechtskräftigen Verwaltungsakte aus dem Bereich der staatlichen Gebundenheit, soweit sie bestehen kann, hinter dem praktischen Bedürfnis weit zurückgeblieben. Die innere Verschiedenheit jener rechtlichen Wesen, welche die Praxis mit dem Gegensatze von subjektivem Recht und Interesse bezeichnet, wird entweder von der Theorie ganz geleugnet, sofern eine Verwaltungsrechtsnorm für sie nie

eine andere Bedeutung als die einer Rechtsschranke der Verwaltung besitzen kann, oder in einer das reale Bedürfnis nicht erfüllenden fremdartigen Form bestimmt. Den verwaltungsrechtlichen Prozeß hat die Theorie durch Einzwängung ihm widerstrebender civilprozessualer Elemente bis zur Unkenntlichkeit verzerrt.

Deshalb wird das sächsische Oberverwaltungsgericht bei aller Schwierigkeit vergleichender Thätigkeit auf dem Gebiete des Verwaltungsrechts, wegen der Verwandtschaft des Verwaltungsrechts der modernen Staaten durch die Vergleichung der Verwaltungsrechtsprechung anderer insbesondere deutscher Staaten eine größere Förderung erfahren als durch die Theorie bei ihrem jetzigen Stande.

Nichtsdestoweniger bin ich weit davon entfernt, zu einer vollständigen Vernachlässigung der Theorie zu raten. Die im Vergleiche zum Bedürfnisse dürftige monographische Litteratur weist immerhin eine Reihe wahrhaft wissenschaftlicher Leistungen auf[1]. Aber hiervon abgesehen, ist sie der Praxis in formaler Beziehung überlegen, sofern es sich um die Feststellung und Begrenzung der Probleme, die aus der Verwaltungsrechtsprechung hervorgewachsen sind, und um die Erkenntnis des Zusammenhangs von Erscheinungen handelt, welcher der Praxis verborgen bleibt, weil ihr die beschauliche Muße für den sorgfältig prüfenden und vergleichenden Rückblick auf ihre eigene Thätigkeit fehlt[2].

Was ich gesagt haben will, ist nur, daß die Praxis Sätze, welche ihr die Theorie des Verwaltungsrechts als Lösungen

---

[1] Ich erinnere an die Monographieen über Arbeiterversicherungsrecht von Menzel, Piloty und besonders von Rosin, an jene über Verordnungsrecht von Jellinek, Rosin u. s. w.

[2] Hierin besonders liegt die Stärke und Bedeutung von allgemeinen theoretischen Untersuchungen, wie sie uns Bernatzik, Jellinek, Otto Mayer u. a. geboten haben.

seiner Probleme, als allgemeine Gesichtspunkte bietet, mit größerer Skepsis und geringerem Autoritätsgefühl aufnehmen muß, als welche sie auf andern Rechtsgebieten in diesem Punkte walten zu lassen hat, und zwar einerseits wegen der größeren Jugend und Unerfahrenheit und auch wegen des größeren Leichtsinns, dessen sich hier die Theorie zuweilen schuldig macht, andererseits wegen der größeren Schwere der Folgen einer kritiklosen Übernahme eines falschen Theorems auf diesem Gebiete. Die Praxis wird sich dem Zauber einer noch so blendenden Konstruktionskunst verschließen müssen, wenn ihr nach dem ästhetischen Genusse, den dieselbe bereitet, die Empfindung der Künstlichkeit und Unnatur ihrer Ergebnisse zurückbleibt. Sie wird aber hinwiederum Vorstellungen, welche die Verwaltungsgesetzgebung erkennbar beherrschen und sich auf einer realen Unterlage aufbauen, nicht unbeachtet lassen dürfen, weil sie sich in keines der bestehenden wissenschaftlichen Systeme einfügen lassen.

So steht denn auch das neue sächsische Oberverwaltungsgericht, wie alle seine Vorgänger, vor einer höchst schwierigen Aufgabe, deren Lösung höchste Umsicht und feinsten Takt fordert und bei deren Durchführung es das Interesse aller Derer in Anspruch nehmen kann, welche die Gewährung von Rechtsschutz auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts als Erfüllung einer ethischen und kulturellen Forderung ersten Ranges betrachten.

Berichtigung.

Seite 22, Zeile 8 von oben ist für „Gestattung" „Gestaltung" zu lesen.

Druck von Pöschel & Trepte in Leipzig.

Band III.

S. Ruge, Prof. Dr., Die Entdeckung des Seewegs nach Ostindien durch Vasco da Gama 1497/98. 47 Seiten. Nebst zwei Karten. Gr. 8°. 1 Mk. 50 Pf.

Karl Bücher, Dr., Professor in Leipzig, Die Wirtschaft der Naturvölker. 71 S. Gr. 8°. 1 Mk.

Paul Oertmann, Dr., Professor in Berlin, Volksrecht und Gesetzrecht. 40 Seiten. Gr. 8°. 1 Mk.

Karl Binding, Dr. jur., ord. Professor in Leipzig, Die rechtliche Stellung des Kaisers im heutigen Deutschen Reiche. 27 S. Gr. 8°. 1 Mk.

Eduard Meyer, Dr., Professor in Halle a. S., Die Sklaverei im Altertum. 49 Seiten. Gr. 8°. 1 Mk.



Band IV.

Hermann Rehm, Dr., Professor in Erlangen, Unitarismus und Föderalismus in der deutschen Reichsverfassung. 40 S. Gr. 8°. 1 Mk.

Wilhelm Stieda, Dr., Professor in Leipzig, Das Hausiergewerbe in Deutschland. 54 Seiten. Gr. 8°. 1 Mk.

Paul Kollmann, Geh. Regierungsrat Dr., Der gegenwärtige Weltverkehr. 52 Seiten. Gr. 8°. 1 Mk.

Franz v. Liszt, Dr., Professor in Halle, Das Verbrechen als sozialpathologische Erscheinung. 27 Seiten. Gr. 8°. 1 Mk.

Jul. Post, Geh. Ober-Regierungsrat Dr., Neuere Richtungen auf dem Gebiete der Wohlfahrtspflege. 32 Seiten. Gr. 8°. 1 Mk.



Band V.

Heinrich Dietzel, Dr., Professor in Bonn, Weltwirtschaft und Volkswirtschaft, und: Die Gehe-Stiftung in den ersten Jahren ihrer Thätigkeit. 120 u. XLII Seiten. Gr. 8°. 4 Mk.



Band VI.

Theobald Ziegler, Dr., ord. Professor in Straßburg, Individualismus und Sozialismus im Geistesleben des 19. Jahrhunderts. 27 Seiten. Gr. 8. 1 Mk.

Friedrich Stein, Dr., Professor in Halle, Die Kunst der Rechtsprechung. 37 Seiten. Gr. 8°. 1 Mk.

Heinrich Triepel, Dr., Professor in Leipzig, Wahlrecht und Wahlpflicht. 59 Seiten. Gr. 8°. 1 Mk.

Friedrich Paulsen, Dr. Professor in Berlin, Parteipolitik und Moral. 48 Seiten. Gr. 8. 1 Mk.

Ludwig Pohle, Dr., Privatdozent in Leipzig, Die neuere Entwicklung des Kleinhandels. 64 Seiten. Gr. 8. 1 Mk.

Jahrbuch

der

Gehe-Stiftung zu Dresden.

Sammlung staatswissenschaftlicher Vorträge im Auftrag der Gehe-Stiftung zu Dresden gehalten.

VII. Band, 1. Heft.

Über Verwaltungsrechtspflege

mit Hinblick auf das neue sächsische Verwaltungsgerichtsgesetz

von

Dr. Friedrich Tezner
a. o. Professor an der Wiener Universität.

Dresden
v. Zahn & Jaensch
1901.

Druck von Pöschel & Trepte in Leipzig.





